

L'ESPRIT DU CONTRAT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le vendredi 12 juin 1931, à 14 heures

PAR

André STRAUSS

AVOCAT A LA COUR

JURY ... { *Président : M. LÉVY-ULMANN, professeur.*
Suffragants { MM. ESCARRA } *Professeurs.*
NIBOYET }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1931

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'ESPRIT

DU

CONTRAT ANGLAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le vendredi 12 juin 1931, à 14 heures

PAR

André STRAUSS

AVOCAT A LA COUR

JURY ... { *Président : M. LÉVY-ULMANN, professeur.*
Suffragants { MM. ESCARRA } *Professeurs.*
NIBOYET }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1931

BIBLIOGRAPHIE

- LÉVY-ULLMANN. — Cours de 1927-28.
- SANHOURY. — *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, 1925.
- TAG-ELDINE. — *Le dol français et la misrepresentation anglaise*, 1926.
- CAPITANT. — *Législation industrielle*.
- PAIND. — *On certain maxims of Equity*.
- DUGUIT. — *L'Etat et le droit objectif*, 1901-1902.
- CÉLICE. — *L'erreur dans les contrats*, 1922.
- MAGNÉ. — *On damages*.
- ERZ. — *On specific performance*.
- KERR. — *On Fraud*.
- SNELL. — *On Equity*.
- POLLOD. — *Principles of Contract*.
- BARBOUR. — *The History of contract in early English Equity*, 1914.
- BARDA. — *De la specific performance on execution in specie dans les contrats*, 1928.
- BOWNTREE. — *On garantie*.
- ANOM. — *On contracts*.
- SALMEN. — *Principles of the law of contracts*, 1927.
- GIRARD. — *Manuel de Droit romain*, 1911.
- IHERING. — *Geist des Römischen Rechtes*.
- DELANGLE. — *De la représentation en droit anglais*, 1923.
- AMES. — *Lectures on legal history and miscellaneous essay*.
- GÉNY. — *Science et technique en droit privé positif*, 1922.
- EL-HAITAMI. — *La stipulation pour autrui en droit anglais et en droit anglo-américain*, 1925.
- FÈRE. — *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle*, 1923.
- LÉVY-ULLMANN. — *Annales de droit commercial*, 1920-21.
— *Contribution à l'étude de la représentation (Law Reports)*.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552807_0032

AVANT-PROPOS

Ce livre est destiné non pas à donner un compte rendu méthodique de toutes les règles qui régissent la naissance, la validité et la dissolution du contrat anglais. Une telle entreprise eût été vaine et chimérique. En effet, il eût fallu alors, soit procéder à une traduction ou tout au moins à une adaptation des multiples ouvrages juridiques anglais consacrés aux contrats, soit au contraire tenter de faire rentrer la mouvante et ondoyante complexité de la jurisprudence britannique dans les catégories rigides prévues par le Code civil. Une traduction ou même une adaptation d'un ouvrage étranger constitue très certainement un travail utile, quelquefois indispensable. Tel ne peut être cependant l'objet d'une thèse de droit. Et d'autre part qu'y a-t-il de plus artificiel et de plus factice que de vouloir à tout prix assimiler les uns aux autres des textes, des solutions, des problèmes mêmes, qui diffèrent par la lettre et surtout par l'esprit. Ce travail de Sisyphe, qui rebondit à chaque cas d'espèce imprévu, j'ai voulu l'éviter. J'ai simplement voulu reproduire ici cette impression de disparité, d'illogisme et de contradiction qui ne peut échapper à qui aborde l'étude du contrat anglais. Mais si l'ensemble des principes qui régissent la technique du droit contractuel anglais est disparate, chacun des

instruments pris en lui-même ne présente rien d'étranger, rien même qui ne nous soit très familier.

Dans notre première partie, nous traitons de la technique jurisprudentielle proprement dite. Tout d'abord l'histoire de l'action *of assumpsit* nous permettra d'évoquer l'influence de la période formulaire sur la notion de considération. Puis nous exposerons comment l'institution du cautionnement, les solutions données aux problèmes posés par les contrats par correspondance ou d'adhésion reflètent un matérialisme qui accorde encore à l'action et au geste une influence extraordinaire. Enfin le maintien de la simplicité de l'opération juridique sous ses deux formes d'unité et de concentration, selon la terminologie de Ihering, qui aboutit à l'absence de véritable résolution des contrats et à l'inexistence des obligations naturelles, nous fournira encore un exemple de l'extraordinaire persistance des doctrines juridiques les plus archaïques.

Ensuite nous tenterons de montrer que le conservatisme des Anglais qui est responsable des survivances archaïques n'a pas empêché le développement des doctrines modernes tendant à imposer une conception objective de l'obligation, le respect des intentions des parties, et l'adoption de standards simples et pratiques. La cession des créances, le développement extraordinaire des effets de commerce, la théorie si curieuse du mandat inconnu, les règles sur l'interprétation des contrats, constituent des preuves certaines de cette dépersonnalisation de l'obligation en faveur de laquelle Saleille avait tant combattu. D'autre part, l'évolution du concept de la force majeure, la fiction inventée pour valider la stipulation pour autrui permettent de se rendre compte des progrès incessants ac-

compris par la jurisprudence anglaise pendant les dernières 60 années, dans le sens d'un plus grand respect des intentions des parties.

Nous aborderons enfin dans un dernier chapitre de la première partie la question si controversée du standard. Il était inutile de démontrer — et nous nous en sommes abstenus — que le formalisme, le matérialisme, la conception de la simplicité de l'opération juridique d'une part, l'objectivité de l'obligation et la doctrine de l'autonomie de la volonté de l'autre, constituent des instruments de la technique juridique connue et utilisée depuis des siècles par les juristes romains et français. Le *Geist des Römischen Rechtes* de Ihering, le *Science et Technique* de Géný, en fournissent des témoignages irrécusables. Toutefois on se plaît généralement à voir dans le standard un instrument de technique juridique spécifiquement anglais. Or, il n'en est rien. Et tout en étudiant les applications de cette méthode, dont l'origine remonte très loin, mais qui a seulement pris toute son extension au cours des temps modernes, nous avons tenté de démontrer que le standard est simplement l'instrument naturel, aussi bien français qu'anglais, de la jurisprudence, alors que la loi trouve son expression logique dans la rigidité de la règle.

De même que nous avons trouvé en analysant les instruments de la technique juridique anglaise côte à côte avec les survivances archaïques du formalisme et du matérialisme des solutions dictées par les théories les plus modernes, de même nous devons nous attendre à voir les principes de droit naturel appliqués conjointement avec ceux du droit positif. Le pays qui a su fondre harmonieusement les traditions féodales et

les doctrines révolutionnaires ne reculera pas devant cet amalgame, qui apparaîtra à tous les juristes continentaux épris de logique comme une abominable hérésie.

Il est du reste juste d'ajouter que l'emprise du droit positif devient chaque jour plus lourde : les maximes d'équité et les principes du droit naturel ne sont plus appliqués que si les règles du droit positif ne donnent pas satisfaction au juge. Ces maximes, dont la liste précise n'est même pas établie, peuvent servir à justifier des solutions nées de problèmes qui sont posés par la vie juridique quotidienne. Elles ne sauraient cependant concurrencer les règles imposées par cette imposante institution juridique qui est fondée sur le principe éminemment « objectif » pour employer la terminologie habituelle, du *breach of duty*, du manquement au devoir.

Nous allons étudier tout d'abord le devoir général d'honnêteté qui s'impose à tous. C'est en partant de l'infraction au devoir d'honnêteté que nous parviendrons peut-être à comprendre les principes adoptés par la jurisprudence anglaise en matière de nullité d'un contrat pour erreur, pour dol, ou pour incapacité. Puis nous étudierons quelques applications de l'idée du *breach of duty* dans la morale des affaires, en particulier les conséquences de la réticence et de l'exagération.

Il existe toutefois, à côté du devoir d'honnêteté qui incombe à tous, une série de devoirs spéciaux, qui résultent des relations fiduciaires. Après avoir analysé quelques-unes parmi les plus importantes de celles-ci, nous montrerons comment la présomption d'une *undue influence* qui naît précisément des relations fiduciaires

res est susceptible de faire fléchir les règles de droit les mieux établies.

Enfin nous verrons que le devoir, tel qu'il est conçu en droit anglais, n'est pas restreint au domaine strictement moral, mais qu'il s'étend à tous actes, à toutes les omissions susceptibles de causer un dommage à autrui. Le devoir anglais se rapproche peut-être ainsi de ce lien de solidarité que Duguit croyait discerner à la base de toutes nos relations juridiques.

1^{re} PARTIE

LA TECHNIQUE ARCHAÏQUE

CHAPITRE PREMIER

L'histoire de l'action « of assumpit » et son influence sur la notion de considération

Nous sommes habitués, dit un grand jurisconsulte anglais, à en appeler, presque automatiquement, aux tribunaux pour faire punir un délit ou sanctionner un droit. Nous admettons, tout naturellement, que la loi nous donnera une action adaptée à notre position, et nous disons complaisamment : *Ubi jus, ibi remedium*. Une telle mentalité était étrangère à la *Common law* d'autrefois. Un certain nombre d'actions étaient prévues, chacune avec sa procédure particulière, et si le plaignant était incapable d'adapter son cas à une de ces formules, il était privé de toute action.

Ces formules étaient connues sous le nom de bref. Un bref était une lettre envoyée par la Chancellerie, au nom du roi, au shérif de l'endroit où le délit avait été commis. Il contenait un exposé de la cause de la plainte et il ordonnait au shérif de demander au défendeur de s'exécuter ou d'expliquer la cause de son refus. Toute action est encore, aujourd'hui, introduite, en Angleterre, par un bref : le *writ of summons* correspondant à notre assignation.

Mais les brefs du XIII^e siècle avaient une tout autre signification. Le succès ou l'échec dépendait, dans chaque affaire, de l'existence d'un bref qui s'appliquait aux faits de la cause, en d'autres termes, l'existence du droit dépendait de l'existence d'une action. Il fallait alors dire : *Ubi remedium, ubi jus*.

Toute l'histoire de la considération anglaise, si importante dans l'étude de ses contrats, est inconcevable sans l'existence de ce formalisme primitif que nous trouvons à la source de tous les systèmes juridiques.

En effet, l'action contractuelle par excellence, en droit anglais, l'action *of assumpsit*, a commencé par être délictuelle.

La conception primitive du délit était constituée par un attentat à la personne et aux biens commis par un étranger. Des voies de fait, un enlèvement de bétail, une prise de possession de terres, constituaient des délits typiques. Si, d'autre part, une des parties autorisait l'autre à entrer en contact avec sa personne ou ses biens, il n'y avait plus, *ipso facto*, d'acte délictuel. S'il s'ensuivait des dommages, la victime était considérée comme ayant pris sur elle-même tous les risques. Ce principe comportait toutefois certaine exception. En effet, quelques personnes en raison de leur profession, comme c'est le cas pour le forgeron ou le médecin, étaient tenues d'une diligence raisonnable, sinon, malgré le lien contractuel qui unit les deux parties, le demandeur pouvait intenter contre le défendeur négligent une action *of trespass* qui prenait alors le nom d'action *of assumpsit*.

Un des premiers cas où une action *of assumpsit* a été intentée date de 1348.

Le défendeur avait promis de transporter un bœuf à travers la rivière... Le batelier, par sa négligence ou sa faute, renversa le bateau et le bœuf fut noyé. L'exception qu'il n'y avait pas de délit fut refusée.

De même une action *of assumpsit* fut intentée contre un médecin qui avait entrepris de guérir un cheval, à la suite de quoi celui-ci mourut.

Ces cas se rapportent à des espèces où le dommage résulte directement de la négligence active, peut-on dire, du défendeur, qui avait promis expressément, soit de guérir le cheval, soit de le transporter. Il va y avoir, plus tard, une double extension du domaine d'application de l'action *of assumpsit*. Tout d'abord, la jurisprudence va impliquer, aussi souvent qu'il sera possible, une promesse de ne pas commettre de faute : un droit formaliste imagine toujours des fictions juridiques. Puis, l'action *of assumpsit* s'appliquera aussi bien en cas de faute passive que quand on se trouvera en présence de faute active. Comme nous l'avions fait remarquer plus haut, dans les premières affaires où l'action *of assumpsit* a été employée, nous retrouvons toujours un dommage causé par une faute active : perte de bœuf, par suite de renversement du bateau ; perte de cheval, à la suite de mauvais traitement.

A partir du xv^e siècle, l'abstention, c'est-à-dire le simple fait de ne pas tenir sa promesse, permettra d'intenter l'action *of assumpsit*, laquelle deviendra peu à peu la principale, sinon l'unique action sanctionnant les contrats.

Pour des raisons d'ordre public, la loi mettra à la charge de certaines personnes ou classes de personnes, une responsabilité spéciale ; la loi imposera aux hôte-

liers, aux transporteurs, aux maréchaux ferrants le devoir de faire preuve d'une certaine conscience professionnelle, faute de quoi, sans même qu'il y ait eu promesse expresse, l'action *of assumpsit* pourra être intentée par le plaignant.

Il nous reste à exposer le dernier stade de l'évolution qui transforma peu à peu l'action *of assumpsit* en une action contractuelle. Le progrès consista à accorder l'action, non seulement en cas de faute active, de *misfeasance*, mais encore lorsque le contrat restait inexécuté, en cas de *nonfeasance*.

La sanction d'une faute active conservait toujours une coloration délictuelle, au contraire, l'action en inexécution de l'accord est nettement contractuelle.

Tout d'abord, en 1487, on accorde l'action lorsque B ayant promis de vendre à C transférait à A, car lorsque le vendeur entreprend de transférer à une certaine personne et, en réalité, vend à une autre, un tel acte constitue une grave faute *great misfeasance*. Il est évident que l'action devait être accordée, lorsque le contrat restait entièrement inexécuté, car le demandeur subissait un dommage identique, que le bien restât entre les mains du vendeur, ou, au contraire, fût remis à un tiers. La nécessité d'un paiement devint, bien entendu, indispensable dès le moment où la distinction entre la faute active et l'inexécution commença à s'évanouir.

A la fin du xvr^e siècle, la distinction entre la faute active et la faute passive, entre la *misfeasance* et la *nonfeasance*, disparut peu à peu et, en 1504, un jugement permit d'intenter une action *of assumpsit* en cas d'inexécution du contrat, à condition toutefois qu'il y ait eu paiement. Le jugement est conçu dans les ter-

mes suivants¹ : Si je vous vends 10 acres de ma terre, et si je conviens de vous en saisiner et si je ne le fais pas, vous avez une action contre moi sur le cas, parce que j'ai payé, et si je n'ai pas payé je n'aurais pas d'action, et si je conviens avec un maçon qu'il me construise une maison pour 20 livres, si l'argent est payé, j'aurai une action sur le cas même s'il la construit mal et il y aura une action même s'il ne la construit pas du tout.

Il convient donc de noter que le fondement de l'action est la rupture d'une promesse en vertu de laquelle le demandeur s'est départi d'une somme d'argent ou de tout autre bien. Et, aujourd'hui, l'action *of assumpsit* est une action essentiellement contractuelle, bien que certains détails, qui ont persisté jusqu'au XVIII^e siècle, constituent la preuve certaine de son origine délictuelle.

Nous avons essayé d'exposer comment de l'action *of trespass*, essentiellement délictuelle, est née l'action *of assumpsit*. Mais une fois qu'il fut de jurisprudence constante d'intenter l'action *of assumpsit*, en cas d'inexécution d'un accord, pour diverses raisons de commodité procédurale, les actions contractuelles archaïques, comme l'action *of debt* et l'action *of account*, perdirent peu à peu leur influence et cédèrent la place à la nouvelle action qui présentait des avantages pratiques incontestables.

Nous sommes donc, maintenant, en mesure de comprendre la définition de la considération telle qu'elle a été donnée par un des plus célèbres juristes anglais, la considération pour un contrat, qui est toujours

1. Ames, *Legal Essays*, p. 142.

nécessaire, doit aussi toujours être suffisante et, d'une manière générale, elle est considérée comme suffisante, si elle prend la forme, soit :

1° D'un avantage pour la partie qui fait la promesse résultant d'un acte de l'autre partie ;

2° Soit d'une perte, d'un inconvénient, ou d'une obligation pour l'autre contractant quelque insignifiants qu'ils soient ¹. Cette dernière partie de la définition révèle très nettement l'origine délictuelle de la considération.

Toutefois, le concept juridique de la considération ne dérive pas uniquement des survivances délictuelles de l'action *of assumpsit*. En effet, l'équité influencée par le droit canonique avait élaboré une notion de cause qui ne fut pas sans influencer, quelque peu, les développements ultérieurs de la considération.

Le droit canonique avait tenté de supprimer le formalisme en déclarant que tous les pactes devaient être sanctionnés par la loi, *pacta quantum que nuda, servanda sunt* ².

La disparition en droit commercial de toute distinction entre le contrat et le *nudum pactum* amena, naturellement, une résurrection de la théorie de la *causa* qui constitua le dernier refuge des tenants du formalisme ³. Toutefois, il n'était pas nécessaire que la cause fût matérielle, l'intention et même l'obligation morale étant considérées comme suffisantes. Ces conceptions eurent une grande influence sur le développement de la notion de considération au xvii^e et xviii^e siècles.

1. Chitty, *On contract*, p. 23.

2. Decr. Greg. I, 35, 1.

3. Salmond, *Essays*, p. , t. III, p. 334.

En effet, Lord Mansfield, le grand juriste anglais du XVIII^e siècle, auquel l'Angleterre est, en grande partie, redevable de la fusion du droit commercial avec la *Common law*, estima, lui aussi, que la notion de cause n'étant pas prise en considération dans les usages commerciaux, il n'y avait aucune raison pour la maintenir en droit civil.

Au fond, à ce moment, le droit anglais s'acheminait vers une conception de la considération qui est restée très proche de la conception française. En effet, dès l'instant où une obligation morale suffit pour la constitution d'une considération valable, le formalisme disparaît et nous nous trouvons en présence d'un système de contrat subjectif bien rapproché du nôtre. C'est seulement vers le milieu du XIX^e siècle, en 1840, que le jugement rendu dans *Eastwood v. Kenyon*², en déclarant que l'obligation morale ne constituait pas une considération légale, mit fin aux tentatives de libéralisme et rejeta le droit anglais contractuel dans la voie traditionnelle qu'il n'a pas quittée depuis.

Retenons simplement de cet exposé succinct de la manière dont naquit et se développa l'action *of assumpsit* que le concept actuel de considération est dû en très grande partie aux origines délictuelles de l'action qui sanctionne aujourd'hui presque tous les contrats anglais. L'action a donc ici créé le droit.

CHAPITRE II

Le matérialisme juridique

Les lois et les concepts des temps reculés ressemblent aux hommes de ces époques, des « gaillards »

1. *Eastwood v. Kenyon* (1840), 11 A. et E. 438.

brutaux et rudes, qui n'ont d'intérêt que pour ce qu'ils peuvent saisir de la main, écrivait Ihering. Et lorsque Cicéron distingue ainsi l'attitude de la loi et de la philosophie *lege tollunt astutias quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia*, il caractérisait d'une manière parfaite l'ancien droit romain : ce qui est à la portée de la main, ce qui est extérieur, ce qui est tangible, ce qui tombe sous les yeux, constitue le caractère de tous les concepts du droit antique ; parlant la prépondérance de la matière sur la pensée. Or, tout ce qu'Ihering considère comme caractérisant le droit romain peut s'appliquer très souvent au droit anglais moderne.

Ici aussi nous constatons sans cesse la primauté de l'action sur l'intention du corps sur l'esprit, de la matière sur l'idée.

Nous allons tenter de démontrer cette proposition en exposant comment le consentement indispensable au contrat est déterminé aussi bien dans sa date que dans son existence par l'attitude corporelle plutôt que par l'intention des parties.

Nous décrirons, enfin, le contrat de cautionnement dont toute l'évolution a été modifiée en raison des règles matérielles qui avaient présidé à son existence dans l'ancien droit germanique.

Les contrats par correspondance

L'étude des contrats par correspondance met en pleine lumière le côté que nous appellerons matérialiste du contrat anglais. La question, essentiellement débattue en France, a été celle de savoir à quel moment se forme le contrat. Le droit français, ainsi que nous le savons, hésite en cette matière, entre la théorie

de la déclaration, celle de l'information et celle de l'expédition. Dans le système de l'information, le pollicitant est seulement lié après avoir pris connaissance de l'acceptation du correspondant. Dans la théorie de la déclaration, c'est la simple acceptation, même inconnue, du pollicitant qui parfait le contrat.

Dans la théorie de l'expédition, l'acceptation du correspondant doit s'être manifestée d'une manière tangible, par l'expédition de la lettre contenant le consentement.

L'accord est loin d'être fait en France. Cependant, il est très caractéristique que les cours du Midi, c'est-à-dire les cours de Nîmes, Aix et Marseille, se sont toujours prononcées en faveur du système de l'information ¹.

En effet, les théories consensualistes devaient naturellement s'imposer dans les pays de droit écrit, et la théorie de l'information est la théorie consensualiste par excellence.

Il était, d'autre part, naturel que les tribunaux anglais adoptassent instinctivement la théorie la plus matérialiste des trois, c'est-à-dire celle de l'expédition. Le point de vue de la jurisprudence anglais s'est définitivement fixé dans l'affaire *Adams v. Lindsel* ².

Les faits étaient les suivants : Lindsel offrait de vendre de la laine à Adams, le 2 septembre. Adams reçoit la lettre seulement le 5 septembre, et l'acceptation n'atteint le pollicitant Lindsel que le 9 septembre, alors que la laine avait été vendue à un tiers le 8 septembre.

La théorie de l'expédition est très nettement exposée dans le jugement, qui est ainsi formulé : « Si les

1. Cohen, *Les contrats par correspondance*, p. 48.

2. *Adams v. Lindsell*, 1818, 1 B et Ald. 681.

défendeurs n'étaient pas tenus, par leur offre, lorsque celle-ci a été acceptée par les plaignants, jusqu'au moment où leur réponse leur serait parvenue, les plaignants ne devraient pas être tenus avant d'avoir eu notification que les défendeurs ont reçu leur réponse et y ont consenti, et ainsi la suite, *ad infinitum*. Les défendeurs doivent être considérés légalement comme faisant pendant tout le trajet de leur lettre d'acceptation la même offre identique au plaignant, et, alors, le contrat est parfait dès l'acceptation de ce dernier. »

Les conséquences de cette théorie sont nombreuses et importantes. Tout d'abord, il est suffisant que la lettre d'acceptation ait été expédiée pour que le contrat soit parfait. Il est donc indifférent que l'acceptation parvienne avec un certain retard au pollicitant.

Dans l'affaire *Chesebough v. Western Union*¹, une offre télégraphique avait été transmise avec une heure de retard, de telle sorte que l'acceptation, quoique expédiée à temps, n'arriva au sollicitant qu'après la clôture de la Bourse. Il fut jugé qu'il y avait bien contrat ; bien plus, au cas même où l'acceptation ne parviendrait jamais à destination, pourvu qu'elle ait été expédiée à temps et de la manière voulue, le contrat n'en est pas moins conclu.

Ainsi dans *Household Insurance Co versus Grandt*² une offre de prendre des actions avait été faite à Grandt. Celui-ci accepta ; sa lettre d'acceptation ne parvint jamais au pollicitant, mais la cour d'appel jugea cependant que l'expédition de la lettre avait fait de lui un actionnaire. Quel bel exemple du matéria-

1. *Chesebough v. Western Union Tel. Co* 5 L. T. 474.

2. *Household Fire Insurance Co v. Grant* (48 L. J. Ex. 577).

lisme juridique anglais et de la prépondérance du geste sur la doctrine de l'accord des volontés.

Les effets de la contre-proposition, en droit anglais et en droit français, sont également caractéristiques de l'esprit qui inspire les deux systèmes juridiques.

Voici le système français, d'après la Cour de cassation (1873 — D. 76. 5. 313) : L'offre d'une marchandise, à un prix déterminé, ne doit pas être considérée comme retirée par cela seul que celui à qui elle a été faite a répondu qu'il ne prendrait la marchandise qu'à un prix inférieur ; tant qu'elle n'a pas été révoquée par son auteur, elle peut être considérée comme encore subsistante.

Une solution toute différente a été adoptée en Angleterre, dans *Hyde v. Whrenil*¹ : une agence avait offert, par écrit, à un particulier, de lui vendre une ferme pour la somme de mille livres. Ce dernier répondit en offrant 950 livres. L'agence ayant refusé, il écrivit alors en disant qu'il consentait à payer mille livres. Mais cette fois, l'agence déclara ne pas vouloir conclure l'affaire. La Cour de Chancellerie écarta la demande en exécution pour les motifs suivants : D'après les circonstances de l'affaire, il n'existe aucun contrat entre les parties, relativement à l'achat de la propriété. En offrant 950 livres, le demandeur a, par là même, rejeté la proposition à lui faite par le défendeur. Je crois donc qu'il ne lui est plus possible de faire revivre l'offre primitive, en communiquant ultérieurement son acceptation.

En effet, dès le moment où la réponse expédiée ne

1. *Hyde v. Wrenil, v. Cohen, ibid.*, p. 134.

convenait pas au pollicitant, l'offre de ce dernier est *ipso facto* révoquée.

Si les deux volontés parviennent à se rencontrer, un accord naîtra, mais il convient de prendre le mot rencontrer dans son sens le plus matériel. Ainsi pour qu'un contrat par correspondance puisse être valablement formé, il faut que la réponse de l'acceptant ait été mise à la poste et qu'elle concorde entièrement avec l'offre du pollicitant. L'une et l'autre de ces règles reposent sur des principes que nous appellerons matérialistes, faute d'une meilleure expression.

Les présomptions de connaissance

Lorsque la vérité ne peut être constatée directement par le juge, il lui est encore possible d'arriver à la découvrir par le raisonnement, en établissant un certain rapport entre les faits connus et les faits contestés. Ces moyens de preuves portent le nom « de preuves par présomption ».

Dans un droit aussi subjectif que le nôtre, les présomptions jouent un rôle peu important, en particulier en ce qui concerne les obligations et les contrats. Seuls ou à peu près, les articles 1282 et 1283 établissant une présomption de remise de dette font pénétrer cette notion dans le droit des obligations.

Il en est tout autrement en Angleterre, où s'est constituée une théorie très importante de la présomption. Il est tout naturel qu'un droit matérialiste use à tous moments d'un moyen de preuves aussi commode, qui permet de négliger les intentions des parties pour se fonder uniquement sur les actes des contractants.

Celui qui accepte un droit, quel qu'il soit, meuble

ou immeuble, corporel ou incorporel, ne peut pas, en vertu de l'adage *nemo plus in alium transferre potest quam ipse habet*, échapper aux charges que comporte ce droit ; la cession transmet au cessionnaire tous les accessoires de ce droit, à condition qu'il en soit informé au préalable.

Somme toute, la doctrine anglaise se rapproche beaucoup des solutions auxquelles le droit français est arrivé actuellement. Or, la connaissance des charges qui pèsent sur le droit transféré, peut être selon la terminologie juridique anglaise, « construite » ou « actuelle », c'est-à-dire une connaissance de fait ou bien une connaissance présumée.

La connaissance actuelle est une pure question de fait, qui est sujette à tous les modes de preuves légitimes, susceptibles de fortifier ou d'affaiblir la conviction du jury. S'il y a eu, en fait, information véritable, la question de la présomption de connaissance ne se pose pas, car celle-ci ne peut être mise en cause que s'il n'y a pas eu information. La présomption de connaissance peut être définie de la manière suivante : Tout ce qui constitue une information suffisante pour exciter l'attention d'un homme moyennement intelligent et l'induire à faire une enquête constitue une connaissance de tous les faits auxquels une telle enquête, poursuivie avec un zèle raisonnable, aurait pu conduire¹. Ces questions se sont souvent posées à l'occasion des contrats d'adhésion et ont donné lieu à de nombreux litiges. Ces conventions ne sont point en vérité dues à la libre volonté des deux contractants. En fait, l'une des parties est en mesure, par suite de la

1. Kerr on Fraud, p. 247.

position privilégiée où elle se trouve, de dicter plus ou moins les clauses du contrat à l'autre.

Les espèces qui se sont présentées devant les tribunaux étaient relatives à des contrats de transport. Elles soulevaient la question des présomptions de connaissance, presque toujours, de la manière suivante : Dans quelle mesure les clauses du contrat de transport sont-elles parvenues à la connaissance du client ? Y a-t-il eu ou n'y a-t-il pas eu présomption de connaissance ?

La règle générale est la suivante : Si un homme accepte un titre ou un papier quelconque, contenant une offre, toutes les clauses de celle-ci sont censés lui avoir été communiquées, même s'il préfère ne pas se renseigner au sujet de leur contenu, à condition qu'il ait eu connaissance de leur existence ¹.

C'est ainsi que dans *Marriott versus Yeoward Brothers* ², la plaignante déclarait ne pas avoir eu connaissance du texte inscrit sur son billet, lequel contenait une clause de non-responsabilité. La Compagnie de navigation défenderesse avait l'habitude d'envoyer le billet au domicile du passager, quelques jours avant le départ du bateau.

Ici, à la demande de la plaignante, le billet ne lui fut délivré que sur le bateau. Il fut jugé qu'en raison des circonstances, la plaignante ne pouvait rendre le défendeur responsable de n'avoir pas fait le nécessaire, pour lui donner connaissance des clauses de ce billet.

D'autre part, la plaignante savait qu'il y avait un texte imprimé sur le billet, outre son nom. Elle n'a

1. Anson, *On contract*, p. 26.

2. *Marriott v. Yeoward Brothers*, 1909 2 KB 987.

pas pris connaissance de ce texte, mais la Compagnie avait fait son devoir pour instruire la plaignante des clauses du contrat.

Dans *Harris versus G. W. Ry.*¹, la plaignante avait déposé ses bagages à la consigne, et obtenu un reçu qui portait, au verso, une clause dégageant la responsabilité de la Compagnie pour toutes les pertes dépassant 5 livres, à moins de déclaration spéciale faite par le voyageur. Les bagages furent volés, et la plaignante attaqua la Compagnie en déclarant qu'elle ignorait le contenu du texte imprimé au verso du reçu. Le jugement fut ainsi conçu : « Quand une personne fait un dépôt à la consigne, et reçoit un billet sur le verso duquel se trouvent des clauses limitant la responsabilité de la Compagnie, celles-ci ne sont pas valables, si le déposant ne sait pas qu'il y a un texte imprimé sur le reçu ; au contraire, si elle connaît l'existence d'un texte, mais ignore son contenu, elle est liée par les clauses inscrites. »

La jurisprudence française part d'un point de vue entièrement différent, très subjectif comme toujours, et apparemment beaucoup plus favorable aux intérêts de celui qui a été lésé par les clauses contenues dans un contrat d'adhésion.

Le principe d'après lequel se dirigeaient les tribunaux français n'est autre que celui formulé implicitement dans l'article 1134. Au premier abord, il semblerait qu'une telle règle impliquât l'inopposabilité des clauses d'un contrat à une partie qui n'en aurait pas eu connaissance. Mais il n'en est rien. Comme il était impossible pratiquement de respecter en matiè-

1. *Harris v. Great West. Ry.* 45 L.⁷J. QB.

res de contrats d'adhésion, les intentions des parties, jetant par-dessus bord un principe par trop libéral, la jurisprudence s'est précipitée dans l'excès contraire et a sanctionné l'application des clauses de contrats d'adhésion dont les parties lésées avaient été dans l'impossibilité de prendre connaissance.

Voici deux arrêts, particulièrement caractéristiques.

Le premier émane de la Cour de cassation du 29 octobre 1901¹, il a été rendu à propos d'une contestation relative à un contrat par lequel une Compagnie promettait à un abonné de lui livrer la lumière nécessaire à son habitation. Le juge du fond, déclara la Cour Suprême, peuvent décider que l'abonné paiera un minimum de consommation de lumière et la Compagnie pourra fixer ce minimum.

Voici donc une partie à un contrat d'adhésion à laquelle on oppose une clause, qui n'était même pas contenue dans l'accord signé ; cet arrêt, si défavorable à l'individu en face des grandes Compagnies, est dû au principe apparemment si libéral du respect des intentions des parties.

Voici un autre arrêt de la Cour de Bruxelles², qui adopta une solution analogue.

Un peintre envoie des tableaux à une exposition ; ces tableaux sont abîmés et le peintre demande à l'organisation de l'exposition une indemnité. La clause de non-responsabilité ne figurait pas sur la formule d'adhésion, la Cour jugea cependant que le peintre aurait dû en supposer l'existence et se renseigner.

Dans les deux exemples que nous avons cités plus

1. Cass. 29-10-01, *Gaz. Pal.*, 23 nov. 1901.

2. S. 1904.4.10.

haut le juge anglais, avait estimé que la connaissance matérielle de l'existence du texte impliquait celle de son contenu.

Ce critérium matériel semblerait être plus strict que celui découlant des principes du subjectivisme imposant le respect des intentions des parties. Pourtant, en Angleterre, les contrats d'adhésion qui furent sanctionnés si strictement par la Cour de cassation française et la Cour de Bruxelles auraient reçu, probablement, une interprétation plus libérale. Dans l'un et l'autre cas, en effet, les intéressés ignoraient non seulement le contenu, mais encore l'existence des clauses litigieuses.

Ainsi, en fin de compte, une conception matérialiste et primitive des rapports juridiques se montre à l'usage quelquefois plus souple qu'un principe par trop soucieux des intentions des contractants et par là-même inapplicable ou susceptible des interprétations les plus diverses.

Le Cautionnement

Tout d'abord, comme tous les contrats, celui de *guarantee* exige une considération qui doit, en l'occasion, être, naturellement, fournie par le créancier à la caution ; une considération donnée par le débiteur à la caution ne sera pas valable ¹.

Cependant, si cette nécessité de fournir une considé-

1. Dutchman versus Tooth, 5 Bing N C 577.

ration est bien caractéristique du contrat anglais en général, elle ne l'est nullement du contrat de cautionnement.

Il y a là, cependant, une première différence avec le contrat de cautionnement tel qu'il existe en France. En effet le droit français ne prévoit nullement que le créancier soit dans l'obligation de fournir comme contre-partie de la caution un avantage quel qu'il soit à son débiteur.

Mais voici une observation beaucoup plus intéressante : en droit français, la caution peut demander que le créancier s'adresse d'abord au débiteur principal pour le discuter, c'est-à-dire saisir et vendre ses biens, ce qui aura pour résultat de diminuer la somme à déboursier par la caution, et peut-être de l'exonérer entièrement ¹.

D'autre part, s'il y a plusieurs cautions, celles-ci jouissent du bénéfice de division, grâce auquel le créancier ne pourra réclamer à chacune des cautions que sa part de dette, celle-ci étant partagée entre toutes les cautions solvables au jour des poursuites.

En droit anglais, il en va tout autrement : la caution ne jouit ni du bénéfice de discussion, ni du bénéfice de division ; en ce qui concerne les rapports entre la caution et le créancier, nonobstant certains dicta qui pourraient être interprétés différemment, une caution n'a pas le droit, à moins de termes exprès, prévus dans son contrat, de contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur et, à son défaut, seulement, les cautions, en divisant ses poursuites .

1. Rowntree, § 71.

Cette conception, qui fait de la caution un débiteur tenu aussi durement que l'obligé principal, rappelle les idées du droit romain primitif. En effet c'est seulement à partir de la loi Furia que le créancier, au lieu de pouvoir demander le tout à chacune des cautions, est obligé de diviser ses poursuites entre les cautions vivant à l'échéance qu'elles soient solvables ou non. Et d'autre part, nous savons à l'aide de quels procédés juridiques subtils, et de quelles fictions, le bénéfice de discussion fut enfin accordé à la caution. Cette liberté d'option qui était primitivement accordée au créancier et en vertu de laquelle il pouvait attaquer immédiatement et pour le tout chaque caution, était au moins en cas de *sponsio* et de *fidei promitio* une conséquence naturelle de la formule du contrat verbal où le débiteur promettait purement et simplement de payer l'objet de la dette¹.

Ainsi, toute l'évolution du contrat de cautionnement pendant plusieurs siècles a été commandée par un matérialisme juridique grossier qui obligeait la caution à répéter textuellement la promesse du débiteur et lui retirait *ipso facto* tout privilège à l'égard de celui-ci.

La garantie anglaise rappelle donc, par beaucoup de côtés, le droit romain primitif. Mais nous devons chercher sa véritable origine dans l'ancien droit germanique.

En effet, dans l'ancien droit germanique, on a dit du fidéjusseur qu'il devenait le débiteur principal ; pour agir contre la caution, il n'est point nécessaire de prouver la solvabilité du débiteur principal ; c'est

1. Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 798.

même contre la caution que les textes nous montrent les voies d'exécution immédiatement dirigées

Du reste, dans les recueils anciens, déclare un autre auteur, la caution donnait comme garantie non seulement ses biens mais sa propre personne. Plus tard, le contrat de cautionnement s'effectuait à l'aide de la *festuca* et avait lieu directement entre la caution et le créancier ².

Cette conception essentiellement matérialiste du contrat de cautionnement explique non seulement l'absence de tout privilège de discussion et de division qui pèse lourdement sur la caution anglaise, mais encore la nécessité où se trouve le créancier de fournir une considération, le cautionnement était un accord liant directement la caution au créancier et soumis aux règles générales du droit contractuel anglais.

Cette simple série de gestes dictée par de vieilles coutumes a donc influencé toute l'évolution du contrat de cautionnement en Angleterre.

Quoi qu'il en soit, l'attitude adoptée par la jurisprudence anglaise dans les problèmes du contrat par correspondance, l'extension prise par les présomptions juridiques de toutes sorte, l'archaïsme du contrat de cautionnement, tout tend à prouver que le matérialisme possède aujourd'hui encore, dans le droit anglais, des positions imprenables.

CHAPITRE III

La simplicité de l'opération juridique

Les opérations juridiques de l'ancien droit romain,

1. Esmein, dans *Le très ancien droit français*, p. 85.

et il est permis de penser, de tous les systèmes juridiques primitifs, sont caractérisées par une extrême simplicité. A un stade économique évolué correspondent, tout naturellement, des conceptions juridiques dépourvues de toute complexité. Un exemple typique permet de se rendre compte à quel point les idées juridiques des Anciens dans leur extrême simplicité diffèrent en tout des nôtres : les contrats synallagmatiques dans la forme qu'ils ont revêtu actuellement étaient inconnus de l'ancien droit romain. En effet, dans les contrats synallagmatiques, les obligations réciproques des parties se servent mutuellement de cause, c'est-à-dire de support juridique ¹.

Au contraire l'ancien droit romain ne connaissait que des obligations indépendantes l'une de l'autre et c'est seulement beaucoup plus tard que l'*exceptio non adimpleti contractus*, fondement de tout notre droit contractuel contemporain pût être valablement opposé.

Cette simplicité de l'opération juridique a pris en Angleterre comme à Rome des formes multiples et diverses. Nous voudrions en étudier deux qui ont plus particulièrement influé sur l'évolution du contrat anglais : d'une part (nous empruntons ces termes à Ihering), l'unité, d'autre part, la concentration de l'opération juridique.

L'unité

L'ignorance de la rétroactivité de la condition résolutoire n'est pas une des moindres originalités du contrat anglais.

La condition qui est destinée à mettre fin à un contrat conserve toujours un caractère suspensif et n'est

1. Capitant T. 2., p. 262.

jamais sanctionnée par le retour des parties au *statu quo ante*. Comme l'a écrit Ihering², *la condition résolutoire rétroactive se heurte au principe de l'unité juridique, car dans sa forme primitive, elle constitue simplement une obligation suspensive accessoire, tendant à dissoudre la convention principale*. Cette répugnance à détruire ce qui a été fait, à revenir sur le passé s'est manifestée, en droit anglais, d'une manière très curieuse. Lorsqu'en vertu de certains principes juridiques, un contrat est susceptible d'être annulé, il suffit qu'il y ait eu un commencement d'exécution pour que la rescision de la convention devienne beaucoup plus difficile, sinon impossible.

Cette importance extraordinaire attachée par le droit anglais au commencement d'exécution découle, tout naturellement, de l'impossibilité de faire rétroagir une condition résolutoire. L'annulation d'un contrat, sans que les parties soient remises dans le *statu quo ante*, aboutirait à des conditions manifestement injustes, elle se ferait au détriment de la partie qui aurait commencé à exécuter et favoriserait indûment le contractant qui aurait déjà obtenu une prestation partielle. Il est facile de comprendre que, dans ces conditions, elle soit accordée très rarement.

Voici un exemple très caractéristique de l'importance extraordinaire que prend, en droit anglais, le commencement d'exécution d'un contrat.

Nous avons vu plus haut que la distinction entre les conditions et les *warranties* repose sur le principe suivant : une *warranty* proprement dite est un accord relatif à des marchandises qui sont l'objet d'un contrat

1. Ihering *Geist des Römischen Rechtes*, t. 3, p. 158, note 1.

de vente, mais un accord collatéral au but de ce contrat, dont l'inexécution donne lieu à une simple action en dommages-intérêts, mais non pas à un droit de refuser les marchandises et de répudier le contrat (Addison, p. 554, 11^e édit. 1911).

Au contraire, l'inexécution de la condition permettra à la partie lésée de demander la dissolution du contrat. Or, voici le point intéressant, il peut arriver que la condition du contrat se transforme en *warranty*, lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution : la partie lésée, qui aurait pu refuser la prestation et dissoudre le contrat, aura seulement le droit de demander des dommages-intérêts, une fois les marchandises acceptées.

Dans l'affaire des affréteurs *Pust v. Doure*¹, ceux-ci promettaient de payer 1.500 livres pour l'usage d'un vaisseau, à condition que celui-ci ait certaines dimensions. Après l'avoir utilisé, le capitaine refusa de payer, pour la raison que le bateau ne possédait pas le tonnage prévu.

Il fut débouté, mais le juge déclara : « Si le contrat avait été encore exécutoire, et si le *charterer* avait refusé de charger ses marchandises, se basant sur le fait que le navire n'a pas les dimensions prévues, je ne veux pas dire qu'il n'aurait pas été justifié en répudiant entièrement le contrat². »

Prenons un autre exemple. Il existe un principe d'équité en vertu duquel toute déclaration fausse susceptible d'influer sur la volonté des parties peut donner lieu, même en l'absence de dol, à la rescision du

1. *Pust v. Doure*, 32 L. J. Q. B. 179.

2. *Seddon v. N. E. Salt C* (1905, 1, Ch. 326).

contrat. Telle est la règle générale. Elle subit toutefois une modification importante, lorsque le contrat, au lieu d'être *executory* devient *executed*, c'est-à-dire quand il s'est produit un commencement d'exécution.

Dans l'affaire Seddon, les faits étaient les suivants : le plaignant avait acheté les actions d'une Compagnie et déclarait n'avoir été amené à conclure le marché qu'à la suite d'une fausse déclaration relative aux bénéfices de la société.

Mais le plaignant avait pris possession de l'affaire le 9 octobre 1903 et avait travaillé avec bénéfices jusqu'en janvier 1904. A ce moment, il intenta l'action. Toute question de dol était écartée ; le plaignant fut débouté car, déclara Lord Cumberland, dans *Will versus Querson*, cité par le juge de cette affaire : « Je crains que, lorsque le transfert aura été exécuté, un tribunal d'équité ne prononcera la nullité qu'en cas de fraude. » Ainsi nous aboutissons à ce résultat curieux : l'ancien droit anglais répugnait probablement pour les mêmes raisons que le droit romain à la condition résolutoire rétroactive, celle-ci pouvant seulement être conçue comme une obligation accessoire incompatible avec l'unité de l'opération juridique. Il est aujourd'hui, par conséquent, très difficile d'annuler un contrat qui a reçu un commencement d'exécution, puisque les parties ne peuvent pas être replacées dans le *statu quo ante* et, en effet, lorsque le contrat est *executed*, la rescision ne sera prononcée que dans des conditions tout à fait exceptionnelles.

La Concentration de l'opération juridique

L'opération juridique de l'ancien droit romain, déclare Ihering, ne s'étend que sur une unité temporelle.

La minute ou la seconde de sa naissance décide de sa validité ou de sa nullité ; elle n'a rien à espérer ni à craindre du temps, l'avenir ne peut pas lui donner ce qui lui manque, ni lui retirer ce qu'elle possède. Elle est d'ores et déjà capable, d'une manière définitive, et immuable. C'est à ce phénomène que Ihering a donné le nom de concentration juridique ¹ ; sous ce nom disgracieux que nous lui avons emprunté, nous voudrions consacrer un chapitre à une des formes les plus curieuses du contrat anglais, une de celles par laquelle il manifeste le plus clairement sa parenté avec les très anciens droits, et en particulier avec le droit romain primitif. La nullité de la considération passée, entraînant l'inexistence des obligations naturelles, constitue une des manifestations principales de cette concentration de l'opération juridique que nous nous proposons d'étudier.

Une considération peut être exécutée : si vous *accomplissez* tel ou tel acte pour moi, je promets de faire tel ou tel autre acte pour vous. Ou bien encore, la considération peut être exécutoire : si vous *promettez* de faire telle ou telle chose pour moi, je promets de faire telle ou telle autre chose pour vous.

Dans les deux cas le contrat est valable.

Enfin, une considération peut être passée, si j'*exécute* une obligation, et si, plus tard seulement vous vous fondez sur cette obligation pour faire, à votre tour, une promesse, celle-ci qui est fondée sur une considération passée est nulle.

En effet, une considération passée ne pourrait pas

1. Ihering, *Geist des Römischen Rechtes*, t. III, § 53.

être considérée comme valable sans que le principe de la concentration de l'opération juridique fût compromis. La jonction des deux volontés dans une unité temporelle, pour employer le langage d'Ihering, constitue un élément indispensable à la validité du contrat anglais. Toutefois, on a admis, pendant très longtemps, qu'en matière de louage de services, cette règle de l'unité de l'opération juridique ne devait pas s'appliquer.

Il fut jugé que si je demande à quelqu'un de travailler pour moi et que, plus tard seulement, je lui promets une rémunération, la considération, bien que passée, sera cependant valable ¹. Une partie de la doctrine avait tiré parti de cette décision pour déclarer qu'en matière de louage de services, la considération passée était cependant valable.

Mais aujourd'hui, une interprétation nouvelle est venue faire rentrer les contrats de louages de services dans le cadre général et elle nous montre que la véritable raison de cette règle bizarre se trouve dans le principe de la concentration de l'opération juridique.

Le fait qu'un service a été rendu dans le passé permet de supposer qu'à ce moment il devait être rémunéré et, si tel est le cas, lorsque plus tard on fait une promesse de payer, celle-ci peut être considérée soit comme un aveu qui prouve, soit comme une pièce qui fixe positivement la somme en considération de laquelle le service a été autrefois rendu ².

Donc, d'une manière générale, la promesse subséquente de payer A est seulement valable, c'est-à-dire

1. *Lumpleigh v. Braithwait*, 1615 1 Sm. L. C. 141. Hob. 105.

2. *Stewart v. Casey*, 1852, 1. Ch. 115.

soutenue par une considération, lorsque la demande d'exécuter de A, la considération fournie par B, et la promesse de rémunération de A, font en substance partie d'une même opération, de telle sorte que la demande d'exécuter de A est virtuellement l'offre d'une promesse de rémunération dont le montant sera précisé plus tard (Anson, p. 124).

Voilà donc exactement la portée qu'il convient d'attribuer actuellement à cette exigence d'une considération passée.

Il est clair que ces règles curieuses ont été imposées par la nécessité de concentrer dans un seul instant toute l'opération juridique.

Cependant des conséquences extrêmement intéressantes et tout à fait imprévues devaient résulter de ces exigences formalistes. En principe, les *moral obligations* ne possèdent pas d'efficacité juridique en droit anglais ; telle est la règle générale qui découle nécessairement comme nous allons le démontrer du principe de la concentration de l'opération juridique. Remarquons tout d'abord que l'obligation naturelle du droit français ressemble sans y correspondre exactement à la *moral obligation* anglaise. Pour la jurisprudence anglaise, une *moral obligation* est une promesse subséquente d'indemniser une personne pour les dépenses contractées précédemment, la promesse concomitante n'ayant pas été faite ou n'étant pas reconnue par la loi.

Prenons tout d'abord le cas où il n'y a pas eu promesse concomitante. La considération, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation par l'autre partie étant passée, la promesse subséquente sera nulle.

Dans l'affaire *Eastwood v. Kenyon*¹, *Eastwood* avait été le tuteur de *Mme Kenyon* et au cours de ses fonctions avait été tenu de contracter certaines dépenses pour l'entretien de sa pupille. Il le fit volontairement, mais il fut forcé d'emprunter de l'argent et de signer des billets. Lorsque *Mme Kenyon* devint majeure, elle reconnut sa dette et, après son mariage, son mari promit de payer le billet. Le devoir moral de payer le billet fut mis en avant par le plaignant mais le tribunal jugea que la considération était malheureusement passée. L'obligation morale de payer était indéniable.

Mais, dit le juge, cette théorie de l'obligation morale détruit la nécessité de toute considération, puisque le seul fait de donner une promesse crée une obligation morale d'exécuter.

Donc, en droit anglais, lorsqu'une considération a été fournie, si une contre-promesse concomitante n'a pas été faite, toute promesse postérieure sera nulle. Le principe de l'unité temporelle de l'opération juridique conduit nécessairement à une telle solution.

Toutefois le principe de la nullité de la considération passée souffre quelques exceptions.

Supposons, en effet, qu'une promesse a été faite au même moment où l'autre partie a fourni la considération ; si cette promesse est nulle, soit parce qu'elle émane d'un mineur ou d'un failli, soit parce qu'elle est prescrite, une autre promesse postérieure sera valable. En effet :

1° Une dette annulée par la loi sur les prescriptions

1. *Eastwood v. Kenyon* (1840) 11 A et E 438.

forme une considération valable pour une promesse postérieure¹ ;

2° Une dette contractée pendant la minorité et provenant d'un contrat nul pour incapacité d'une des parties, constituait autrefois une considération valable pour une promesse de payer postérieure à la majorité (cette règle a été abolie par l'*Infant Reliefs Act* en 1874) ;

3° Une dette annulée par le concordat du débiteur, formait autrefois une considération valable pour une promesse subséquente de payer (cette règle a été abolie par les lois modernes sur la faillite). D'une manière générale, le principe a été au cours d'un jugement² formulé de la manière suivante :

Lorsque la considération a constitué un avantage pour la partie promettante, si cette dernière a été protégée par une loi ou par une clause de la Common law conçue en sa faveur, elle n'est pas tenue d'acquitter sa dette. Mais si elle promet ensuite de payer la dette, ce qui est le devoir de toute personne honnête, elle est tenue, par la loi, de s'exécuter.

Il s'agit maintenant d'expliquer ces deux poids et ces deux mesures. Pourquoi cette règle et pourquoi ces exceptions ? Au fond, la solution du problème est très simple et découle, tout naturellement, de la règle qui s'oppose à toute considération passée et du principe de la concentration de l'opération juridique.

Dans les trois catégories d'exceptions que nous avons citées plus haut : dette annulée en raison de la minorité ou du concordat du débiteur, ou encore parce qu'il y avait eu prescription, la promesse avait accom-

1. *Spence v. H.* 1922, 2, A. C.

2. *Earle v. Oliver*, 2 Ex. 90.

pagné la considération et le principe de l'unité de l'opération juridique était sauf.

L'affaire Eastwood contre Kenyon, présentée comme le *leading case*, en matière de nullité d'obligation morale, est tout à fait concluante à cet égard. En effet la promesse d'indemniser le tuteur faite par le pupille après sa majorité n'est pas valable parce qu'au moment où il avait contracté des dépenses, le tuteur avait négligé de faire promettre à Mme Kenyon de le rembourser. On peut donc résumer les principes dominants du droit anglais en matière d'obligation morale dans les termes suivants :

1° Toute dette contractée sans promesse concomitante d'indemniser ne constitue pas une considération valable pour une promesse postérieure ;

2° Toute dette accompagnée d'une promesse concomitante d'indemniser, laquelle n'est pas reconnue valable par la loi, forme une considération valable pour une promesse postérieure.

Autrement dit, la jurisprudence ne reconnaît une certaine efficacité juridique à une obligation morale que si celle-ci ne heurte pas le principe de la concentration juridique qui, dans le système juridique anglais contemporain comme dans le droit romain primitif, continue à être scrupuleusement observé.

DEUXIEME PARTIE

LA TECHNIQUE MODERNE

CHAPITRE IV

La conception objective de l'obligation

Toute conception objective de l'obligation nécessite un effort de généralisation et d'abstraction bien éloigné des idées naïves et spontanées que l'on prête d'ordinaire à ce grand livre d'images qu'est le droit anglais. Or, les Anglais possèdent des institutions juridiques qui paraissent ne pas pouvoir se développer dans un système juridique archaïque, imbu du caractère de la personnalité, de l'obligation.

Ainsi la cession de créance suppose que le lien entre débiteur et créancier a perdu tout caractère de subjectivité au point de pouvoir faire l'objet d'un transfert. Rien de plus éloigné des conceptions juridiques primitives. Pour nous en assurer il suffit de se rappeler l'effort des juristes romains pour dépersonnaliser la créance. Le cessionnaire ne pouvait, d'après le mécanisme primitif de la cession, exercer les actions du cédant qu'en vertu d'un mandat ¹. Et c'est seulement au droit impérial que nous devons la cession de créance telle qu'elle existe aujourd'hui.

D'autre part, les effets de commerce ont pris en

1. Girard, *droit romain*, p. 175.

Angleterre une extension plus rapide et plus considérable que partout ailleurs. Or, ils supposent une conception non seulement objective, mais encore abstraite de l'obligation. Et, comme nous le verrons plus loin, l'effort de dépersonnalisation de l'obligation en matière d'effets de commerce a été poussée en droit anglais plus loin que dans les autres systèmes juridiques contractuels. Enfin le droit anglais, qui ne recule dans son absence de principe théorique devant aucune audace, est allé jusqu'à admettre la possibilité, pour une partie à un contrat conclu avec un (agent) préposé d'être actionné par le préposant (principal) dont elle ignorait même l'existence. De pareilles institutions peuvent seulement être élaborées par un droit uniquement soucieux de réalisation pratique et de commodité commerciale.

L'analyse de la cession de créance, des règles d'interprétation des contrats, l'examen du développement des effets de commerce et de la théorie si curieuse de l'*undisclosed* principal vont nous prouver le caractère ultra-moderne de certaines institutions juridiques anglaises.

La cession de créances

Les règles actuelles de la cession de créance en droit anglais ressemblent singulièrement à celles du droit civil français. La nécessité d'une signification faite au débiteur pour que le transfert soit valable à l'égard des tiers est un principe que les juridictions anglaises ont adopté depuis longtemps. Par conséquent, la priorité des cessionnaires se détermine comme en France, non par la date des transferts, mais par celle de la signification au débiteur (Dearle versus Hall¹).

1. 1823, 3 Russ. 1.

La seconde règle qui domine la question de la cession de créances en droit français prévaut aussi en Angleterre. Elle est condensée dans le brocard latin bien connu : *nemo plus juris in alium transfere potest quam ipse habet*.

Donc, les vices, exceptions et garanties sont opposables aux cessionnaires comme ils l'étaient au cédant, aussi bien en Angleterre qu'en France.

Le caractère pratique de ces règles est incontestable ; nous ne saurions donc nous étonner de les voir adoptées par une législation aussi préoccupée des nécessités commerciales que la *Common law* ; mais il a fallu une très longue évolution du droit pour aboutir à ce stade.

Pendant très longtemps en Angleterre, la *Common law* n'admettait pas le transfert des choses *in action*, c'est-à-dire des meubles incorporels. Des nécessités d'ordre pratique firent cependant admettre la théorie de la cession de créances en matière d'effets de commerce. A cette exception près, la règle d'incessibilité des créances prévalut devant les tribunaux de droit commun anglais jusqu'en 1873. c'est-à-dire jusqu'à la fusion avec l'équité. En effet, une chose *in action* (c'est-à-dire un meuble incorporel) implique une relation personnelle qui en raison de sa nature même ne peut pas être transférée ².

Toutefois un peuple dont l'activité commerciale et industrielle se développait avec tant de vigueur et de rapidité ne pouvait pas ignorer absolument l'utilité de la cession des créances : Empruntant au droit romain le procédé de la *procuratio in rem suam* sous le nom de *power of attorney for the attorney's*

1. Ames, *Lectures*, p. 212.

own benefit, les tribunaux de la *Common law* ont fait du cessionnaire un mandataire qui peut agir au nom du cédant et à qui il est permis de s'approprier les bénéfices de l'action.

Cependant, devant la *Common law* jusqu'en 1873 le cessionnaire était tenu de poursuivre le débiteur au nom du cédant et ce pouvoir présentait naturellement de très graves inconvénients pratiques.

En effet, le mandant conservait le droit de révoquer, à tout moment, les pouvoirs de son mandataire, lui retirant ainsi tout moyen légal d'agir contre le débiteur ; mais les juridictions d'équité intervinrent en interdisant au cédant de révoquer son mandat. Telle est la véritable signification de ces brocards, en vertu desquels la cession d'une chose *in action* est possible devant l'équité, mais pas devant les tribunaux ordinaires¹. Enfin une loi fut passée en 1873 (36 et 37 vic, c. c. 66) qui autorisa la cession de créances dans les mêmes conditions qu'en France.

Les effets de commerce

La lettre de change repose, comme la plupart des actes abstraits, sur l'idée de l'inopposabilité des exceptions. Ce principe implique naturellement une conception objective de l'obligation sans laquelle le développement des effets de commerce ne serait guère possible. Il est évident que la circulation d'un effet de commerce deviendrait très difficile si l'exception que A pourrait opposer à B serait encore invocable

1. Ames, *Lectures* p. 259.

entre C et D. Les principes d'équité, *Traditio facit chartam loqui*, remonte au XVIII^e siècle. En effet vers cette époque, Lord Mansfield, comparant les porteurs des lettres de change aux cessionnaires ordinaires, déclara expressément : « Les cessionnaires assignés sont sujets à toutes les exceptions valables contre leurs cédants ; les autres au contraire, les porteurs des effets de commerce, ont un droit non sujet à ces exceptions ». Mais l'objectivité de l'obligation est poussée en matière d'effets de commerce beaucoup plus loin qu'en France.

En effet, en France, la lettre de change est avant tout un effet de commerce, c'est-à-dire un instrument de crédit, devant circuler peu mais sûrement. En Angleterre, une lettre de change est un titre de circulation, un succédané de la monnaie où l'*intuitus personæ* est réduit à son strict minimum.

Voici quelques exemples de la manière entièrement abstraite dont les Anglais conçoivent la lettre de change et grâce à laquelle l'assimilation de celle-ci avec la monnaie ordinaire a pu s'effectuer d'une manière presque parfaite.

1° Les Anglais admettent que, normalement, une lettre de change est productive d'intérêt ; la plupart des codes continentaux répugnent à cette manière de voir.

2° La législation anglaise autorise le tireur d'une lettre de change à tirer celle-ci sans s'en porter garant, cette pratique est inconnue sur le continent.

3° L'endossement en blanc qui, en France, avant la loi de 1922, était simplement considéré comme un endos de procuration, a, de tout temps, transféré en Angleterre la propriété de la lettre de change.

4° Les législations continentales prévoient que les

lettres de change payables à telle ou telle date doivent être présentées à l'acceptation au bout d'un certain laps de temps, généralement six mois ; en Angleterre, aux Etats-Unis, aucun délai n'est prévu, il suffit que la présentation ait eu lieu dans un délai raisonnable.

5° D'après les législations anglaises, le porteur peut, à son gré, admettre ou refuser une acceptation partielle ; sur le continent, l'acceptation partielle est assimilée à un refus.

6° D'après la législation anglaise, l'obligation de présenter ou de faire protester la lettre de change suppose chez le porteur une diligence raisonnable. Sur le continent, la seule excuse prévue est la force majeure.

7° La garantie par endossement des droits continentaux n'existe pas en droit anglais. L'opinion dominante aujourd'hui encore semble admettre que la garantie, même portée sur la lettre de change, ne vaut qu'entre parties.

8° On admet enfin, en Angleterre, contrairement aux règles prévalant en France, des lettres de change au porteur.

Toutes ces dispositions de la loi anglaise tendent à transformer les effets de commerce, comme nous l'avons dit plus haut, en un véritable succédané de la monnaie. Aucun système juridique n'a poussé aussi loin la conception objective de la lettre de change. Et conformément aux prévisions de Saleilles sur la dépersonnalisation de l'obligation, il en résulte une multiplication à première vue miraculeuse et cependant toute naturelle des instruments de crédit.

L'interprétation des contrats

Rien ne permet de donner une idée plus précise de la rigidité des règles qui régissent les contrats anglais, de l'absence d'*intuitus personæ*, du dédain pour les intentions des parties, en un mot de l'objectivité de l'obligation que les principes sur lesquels se fonde en Angleterre l'interprétation des contrats. Nous ne trouverons en France, à peu près rien d'équivalent. Bien plus, nous considérerions comme une véritable contradiction d'interpréter les intentions des parties à la lumière des principes juridiques. Ce paradoxe n'a pas échappé aux juristes anglais, L'explication qui est fournie met admirablement en relief, le caractère objectif de l'obligation en droit anglais : l'idée qui vient, déclare Anson (p. 405), est que des relations juridiques contractuelles ne peuvent pas exister à moins que les parties n'en aient eu l'intention, que la seule fonction des tribunaux consiste à les interpréter. Cette conception est loin d'être correcte. Dans presque tous les cas, à partir du moment de la conclusion de l'accord, des relations juridiques existent auxquelles très souvent, ni l'une ni l'autre des parties ne s'attendait et qui ne peuvent pas par conséquent être considérées avoir été dans leurs intentions... C'est pourquoi il apparaît qu'une des fonctions nécessaires des tribunaux consiste à déterminer aussi bien les relations légales qui étaient dans l'intention des parties que celles qui n'y étaient pas.

Nous allons donner quelques exemples des principes à l'aide desquels le juge a pu interpréter non pas les

intentions des parties, mais des obligations entièrement dépersonnalisées.

1° L'interprétation doit être raisonnable.

Ainsi on ne peut refuser d'accepter un chargement de pétrole, sous prétexte que les bidons ne conviennent pas, le contrat portant sur la livraison de pétrole, et non pas sur des bidons (*Gower v. Van Danzelden*, 1837, 4 S, cote 453).

Si un des contractants promet de payer une certaine somme sans préciser à qui, le paiement doit être considéré comme ayant été promis à celui dont émane la considération (*Baudas v. Camp*, 1853 9 Bing, 604).

2° L'interprétation doit être libérale, c'est-à-dire que les termes utilisés dans l'accord doivent être compris dans leur sens le plus large, à moins qu'il n'y ait un indice montrant que l'interprétation restrictive doit prévaloir (*Whitehouse v. Liverpool Gas Company*, 1848, SLB, 798).

3° L'interprétation doit être favorable, *nam verba debent intelligi cum effectu ut res magis valeat quam pereat*. Un principe analogue existe également en droit français.

4° Les mots doivent être interprétés dans leur sens commun, ordinaire, vulgaire, à moins que dans l'espèce les usages commerciaux ou autres imposent une interprétation distincte, ou à moins que le contexte ne prouve que les intentions des parties doivent être comprises dans un sens spécial. Ainsi lorsqu'un contrat doit être exécuté « directement » cela ne signifie pas dans un délai raisonnable, mais aussitôt que possible (*Duncan v. Topham*, 1849, 8 SB, 225). Des instructions de vendre du charbon à 15 sh. la tonne net peuvent impliquer l'autorisation de vendre à crédit si tel es!

l'usage commercial (Bodin v. French, 1851, 10 CB, 886). Lorsqu'un contrat doit être exécuté dans le délai d'un mois les parties sont présumées avoir eu en vue un mois lunaire de 25 jours et non un mois de 30 ou de 31 jours (Bruner v. Moore, 1904, 1 Ch., 305). Cette interprétation montre bien le dédain de la jurisprudence anglaise pour les véritables intentions des parties.

5° *Le contrat tout entier doit être pris en considération.* — *Ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio.* Ainsi, lorsqu'une expression générale est précédée de plusieurs mots indiquant une interprétation restrictive, l'expression générale ne doit pas être étendue à des faits ou des objets qui ne soient pas *ejusdem generis*. Par exemple, lorsqu'un bail contient une clause prévoyant une diminution de loyer au cas où l'immeuble serait détruit ou endommagé par le feu, l'inondation, l'orage, la tempête ou tout autre accident inévitable, l'expression accident inévitable est considérée comme ne s'appliquant pas aux événements dus à la carence des parties, même lorsqu'il y avait force majeure (Sauer v. Bilton, 1878, 7 Ch. 815). Tel est le principe connu sous le nom de règle *ejusdem generis*.

D'une manière générale dans un contrat une disposition d'ordre général est considérée comme soumise aux prescriptions spéciales subséquentes. Ainsi lorsqu'un contrat, renvoyant à un inventaire, transfère tous les meubles d'une maison, et que cet inventaire n'est pas complet, il a été jugé que seuls les meubles spécifiés dans l'inventaire ont été vendus. Toutefois, cette disposition est subordonnée à la règle connue sous le nom de *falsa demonstratio non nocet*. Cette maxime signifie qu'une expression d'ordre général,

dépourvue de toute ambiguïté, n'est pas restreinte par une disposition subséquente erronée. Ainsi A achète de B une terre chargée d'une rente payable à C. A promet de payer la rente (expression générale) et d'indemniser B par traite des sommes qu'il serait tenu de verser à C en raison de ladite rente (disposition particulière). D'après notre avant-dernière règle, la première disposition devait être restreinte par la seconde et A n'aurait dû payer que dans la mesure où C disposait d'une revendication légale contre B. Or, il se trouvait que C, n'avait pas une action contre B pour le versement de la rente. En vertu de la règle *falsa demonstratio non nocet*, la première expression fut interprétée indépendamment de la seconde, et il fut jugé que B pouvait actionner A en paiement de la rente à C.

6° L'interprétation doit être en défaveur du grantor (donateur, bailleur, vendeur, etc.). Ainsi, au cas où dans un contrat de cautionnement la caution stipule ses obligations d'une manière ambiguë, cette ambiguïté sera interprétée de la manière qui lui est le plus défavorable (Hargrave v. Smee, 1829, 6 Bing, 244). Ainsi, si un commissionnaire de transport envoie deux différentes notices contenant des clauses de non-responsabilité différentes, c'est celle qui lui impose les plus lourdes obligations qui sera adoptée (Munn v. Baker, 1817, 2 XS, Stark, 255).

7° *La solidarité dans les contrats.* — Notons qu'un créancier ne peut poursuivre successivement ses débiteurs solidaires. Ainsi, une action contre deux personnes qui avaient emprunté de l'argent au plaignant fut considérée comme une défense valable à une action

contre un troisième associé inconnu tout d'abord et véritable bénéficiaire de l'affaire. Tous les codébiteurs possédant un doit ... être acitonnés ensemble. Les Romains invoquaient pour aboutir aux mêmes résultats non pas l'interprétation du contrat, mais l'*exceptio rei judicatae* (Kendall v. Hamilton, 1879, 4 App. Cas. 504).

8° La maxime *quando lex aliquid alium concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potest*, n'a qu'une application très limitée, lorsque le contrat n'est pas sous sceau. Ainsi il a été jugé qu'un contrat de vente n'impliquait pas le droit pour l'acheteur d'entrer sur le domaine du vendeur pour inspecter les marchandises (williams v. Morris, 1841, 8 M. et W. 488). De même, il a été jugé qu'une autorisation payante de pénétrer sur un domaine pouvait, si elle n'était pas scellée, être révoquée à tout instant sans qu'il y ait obligation de rendre l'argent (Wood v. Labbitter, 1845, 13 M. et W. 838).

Telles sont les règles les plus usuelles auxquelles est assujettie l'interprétation des contrats. Il en existe bien d'autres. Mais le simple énoncé de ces principes d'interprétation suffit pour se rendre compte de cette dépersonnalisation de l'obligation, réellement libérée de tout lien personnel, que nous nous sommes proposés d'étudier succinctement.

La Théorie du préposant non révélé

C'est au droit canonique qu'est dû le principe *potest quis per alium quod potest facere per ipsum*.

On a déduit de ce principe de l'élargissement de la personnalité, le système du mandat, la gestion d'affaires et une partie du contrat de société. Conformé-

ment à l'esprit juridique français et romain, des concepts abstraits vont se déduire les applications concrètes. Bien entendu le droit anglo-saxon procède tout autrement. Selon sa tradition, nous trouvons d'abord un certain nombre de solutions concrètes issues des relations juridiques d'ordre commercial ou féodal, qui viendront s'amalgamer en un rapport juridique très vaste, dont les juges anglais se garderont bien de donner une définition précise.

Comme le faisait observer M. Lévy-Ullmann¹, les relations juridiques que comprend l'*agency* peuvent se diviser en institutions d'origine féodale et en rapports d'origine purement commerciale. Parmi les premières, nous pouvons compter les relations entre la femme mariée, l'intendant, le serviteur et le seigneur. Les institutions juridiques d'ordre commercial englobées sous le nom générique d'*agency*, sont beaucoup plus nombreuses, elles comprennent le *factor* (commissionnaire), le *broker* (le courtier), le *auktionner* (qui correspond au commissaire-priseur) et qui peut aussi être un agent de l'acheteur², enfin, le banquier qui, en tant qu'agent de son client, est chargé de payer sur son ordre des sommes d'argent.

En somme, l'*agency* est à la fois plus large et plus limitée que le mandat, plus large puisqu'elle comprend de nombreuses relations d'ordre commercial, que nous ne cherchons pas à assimiler au mandat, comme le courtage et la commission. Plus limitée, parce que synthèse d'institutions juridiques préexis-

1. Lévy-Ullmann, *La Contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques*, p. 341.

2. Delangle, *La représentation en Droit anglais*, p. 121.

tantes, elle n'est pas susceptible d'une extension indéfinie comme le concept abstrait de mandat.

La théorie de l'*undisclosed principal*, constitue une des formes les plus curieuses de l'institution de l'*agency*. En droit anglais, lorsqu'un préposé prête-nom conclut un contrat avec une tierce personne, cette dernière pourra être actionnée par le préposant, qui est ignoré au moment de la formation de la convention. Il est évidemment parfaitement anormal qu'un rapport juridique puisse naître entre deux personnes à l'insu de l'une d'elles, comme c'est le cas ici, puisque le tiers ignore ici, par définition, l'existence du mandant. Le caractère de cette institution n'a d'ailleurs pas échappé aux juristes anglais, et l'un des plus éminents d'entre eux n'a pas hésité à écrire : la vérité ne devrait pas être oubliée, que la loi tout entière relative aux droits et devoirs de l'*undisclosed principal* est incompatible avec les principes élémentaires de la loi des contrats. Le droit pour une personne d'en actionner une autre en se fondant sur un contrat auquel le plaignant n'a pas été partie est inconnu de tout système juridique, hors ceux d'Angleterre et des Etats-Unis¹. Bien entendu de nombreuses théories ont été imaginées pour expliquer un état de choses aussi déconcertant, Lord Lindey, dans une affaire célèbre, a donné des explications qui paraissent serrer de très près la vérité. Comme un contrat, dit-il, est constitué par l'accord de deux ou plusieurs personnes et par leur consentement aux mêmes termes, il est anormal de tenir une personne obligée vis-à-vis d'une autre, dont elle ne sait rien et avec

1. Ames, 3 L. Q. Review, p. 359.

laquelle elle n'avait pas, en fait, l'intention de contracter. Mais les prête-noms par l'intermédiaire desquels sont conclus les accords sont répandus et utiles en affaires. Pour la plupart des contrats, il est indifférent à chaque partie qu'il y ait un préposant inconnu ou non. S'il existe, il est, à tout le moins, très commode qu'il puisse actionner le tiers et être actionné par lui, et il ne peut le faire qu'à des conditions excluant toute injustice ¹.

Donc, ce sont les usages commerciaux qui ont inspiré et consacré cette doctrine du préposant inconnu et il y a une phrase, dans le jugement précédent, qu'il convient de relever, comme particulièrement caractéristique de la mentalité commerciale anglaise, Lord Lindley dit, en effet, que pour la plupart des contrats il est indifférent à chaque partie qu'il y ait un *indisclosed* principal ou non. En effet, dans une société commercialisée l'*intuitus personæ* ne joue guère.

N'oublions pas que Saleilles, le grand défenseur de la théorie objective d'obligation concevait sa doctrine comme destinée à développer le crédit. Il s'agissait, avant tout, de multiplier les possibilités de circulation des créances et des obligations. Il est donc très naturel qu'un droit aussi commercialisé que celui de l'Angleterre ait conçu l'obligation sous sa forme patrimoniale et ait su en tirer les conséquences pratiques qui en découlent. A vend des marchandises à B, prête-nom de C. Il importe peu, en général, au vendeur, de connaître la personnalité exacte de l'acheteur et un rapport objectif a pu être établi entre le patrimoine de A et celui de C, alors même que ce dernier était inconnu

2. Keighley v. Durant, p. 359, 1893, 1 QB 405.

de A, sans que ce fait juridique présente un inconvénient pratique quelconque. Comme l'a dit M. Lévy-Ullmann, un rapport a été établi objectivement par l'intermédiaire de l'agent, entre le préposant et le tiers, ce rapport existe alors même que le tiers a ignoré que l'agent a signé, non pas pour lui-même, mais pour le compte d'un préposant non révélé. Son existence objective suffit pour que le droit soit né patrimoniallement, passivement et activement, abstraction faite de la connaissance de cause du tiers dans la limite où le droit positif consacre cette existence¹.

Et ce rapport entre patrimoines a été rendu non seulement objectif, mais il a été traité par la jurisprudence anglaise, à peu de chose près, comme un acte abstrait. Nous savons que l'acte abstrait est caractérisé avant tout par l'inopposabilité des exceptions. Ainsi l'endosseur d'une lettre de change ne peut opposer à celui qui intente une action en paiement contre lui aucune des exceptions contre celui dont il tient lui-même la lettre de change qu'il pourrait invoquer. De même le préposant inconnu, quelles que soient les fautes commises par le préposé envers lui, sera entièrement paralysé dans une action en paiement intentée par le tiers. Si, par exemple, le préposé détourne l'argent du mandat destiné au paiement des marchandises, le préposant ne sera nullement libéré vis-à-vis des tiers qui pourront l'obliger à payer une seconde fois. Au cas où le préposé aurait aliéné frauduleusement les biens qu'il était chargé d'acheter à crédit, le préposant serait toutefois tenu de payer les marchandises nonobstant le dol de son préposé. Enfin

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 369.

si le préposé dans le cadre de ses pouvoirs apparents, dépasse les instructions données, le principal sera incapable d'opposer la faute ou le dol du préposé au tiers revendiquant ses droits ¹.

Nous avons donc affaire ici à un acte abstrait présentant un caractère spécial, puisqu'il est dépourvu de tout formalisme.

Cette théorie du préposant inconnu ne s'applique qu'aux contrats fondés sur les relations d'ordre purement pécuniaire, par contre, elle ne s'applique pas aux accords déterminés par l'*intuitus personæ*, par exemple les promesses de mariage. Les contrats de louage de services échappent, bien entendu, aux conséquences de cette théorie, de même tous les contrats dont la teneur est incompatible avec la règle du préposant inconnu. Lorsqu'il y a eu un contrat sous sceau, seules les parties signataires peuvent actionner ou être actionnées. Enfin, les effets de commerce et les contrats où le mandant est un étranger ne sont pas soumis à la règle de l'*undisclosed* principal.

CHAPITRE V

Le respect des intentions des parties

Nous pourrions être tentés de considérer un système juridique, où le formalisme et le matérialisme jouent un rôle prépondérant, comme parfaitement dédaigneux des intentions des parties, et en principe hostile à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Bien entendu, des vues aussi absolues sont entièrement fausses. A

1. Ames, *Lectures*, p. 462.

côté du respect de la forme, coexistant avec des survivances archaïques, côte à côte avec cette influence de l'attitude corporelle, nous trouvons tout un développement jurisprudentiel très préoccupé des intentions des parties. Ajoutons cependant que c'est au procédé technique bien désuet de la fiction que le juge anglais a, sans cesse, recours lorsqu'il cherche à interpréter la volonté des contractants. La fiction, en droit anglais, joue un rôle tout à fait différent de celui qu'on lui destine en France. Au lieu d'être prévue par le législateur, pour expliquer un mécanisme juridique comme c'est le cas pour la fiction de la rétroactivité de la condition résolutoire (ou de l'effet rétroactif du partage, elle est utilisée par le juge dans le but d'assouplir le formalisme, de sous-entendre des intentions, de pénétrer la volonté des parties.

La fiction, en droit anglais, doit être envisagée surtout dans ce que Gény a appelé la fonction historique. Envisagée dans la fonction historique, la fiction a spécialement pour but l'introduction des règles de droit nouvelles, en présence d'une situation de fait reconnue. Au lieu d'organiser de toutes pièces le prétexte rendu nécessaire, on feignait, en l'insérant parmi les règles antérieurement admises, une circonstance qui permet de rattacher à celle-ci, le cas nouveau. Sous cet aspect, la fiction se montre un procédé d'extension en droit existant¹.

Mais le droit anglais ne reconnaît pas ouvertement les principes de subjectivisme juridique qui régissent toute l'évolution du droit français moderne. C'est peu à peu, en procédant d'une

1. Gény, *Science et technique*, t. 3, p. 275.

manière toute empirique que le juge anglais est arrivé à faire prévaloir dans l'interprétation du contrat les intentions des parties. Tout d'abord, conformément à la méthode analytique inséparable de l'empirisme, le contrat a été divisé en plusieurs éléments. Puis chacun de ceux-ci a été peu à peu, lorsque le cas d'espèce l'exigeait, libéré de la lettre du contrat et aujourd'hui leur interprétation est soumise à la recherche des intentions des parties, presque aussi libéralement qu'en France.

Là où le droit français distingue simplement des conditions accessoires et des conditions essentielles, la jurisprudence anglaise distingue les « conditions » et les undertaking, celles-ci se divisant à leur tour en promesses et en warranties. Les undertakings, que nous appellerons les stipulations, sont les termes du contrat qui représentent des obligations que chaque partie assume vis-à-vis de l'autre. Les conditions, au contraire, visent les contingences étrangères au contrat susceptibles de le modifier.

Les stipulations, avons-nous dit plus haut, se divisent à leur tour en promesses et en warranties. Une promesse est une clause en vertu de laquelle une partie au contrat entreprend de faire tel ou tel acte, une warranty, au contraire, est une clause en vertu de laquelle une partie stipule qu'un certain état de chose existe et qu'un certain événement s'est produit ou se produira.

Si je promets de vendre un cheval sain, mon obligation de vendre le cheval constitue une promesse, la garantie qui m'incombe de livrer un cheval en bonne santé constitue un warranty, les deux clauses du contrat sont des undertakings, des stipulations que je

prends sur moi d'observer. La nécessité extérieure du contrat indépendante de la volonté des parties, qu'un certain état de choses existe, en l'espèce que le cheval sera en vie, forme une condition de l'accord.

Or, tout le développement historique du contrat anglais en cette matière montre la préoccupation du juge anglais de respecter les intentions des parties en sous-entendant les conditions, les garanties et les promesses que l'on suppose avoir été tacitement prévues par les contractants au moment de la conclusion de l'accord. Laissant de côté les promesses peu importantes, nous allons étudier l'intéressante construction juridique échafaudée par la jurisprudence anglaise en matière de condition et de warranties sous-entendues.

La fiction de la « Warranty » sous-entendue

La *warranty*, comme nous l'avons dit plus haut, constitue, en droit anglais, une espèce de condition accessoire, dont l'inexécution permet de demander, non la résolution du contrat, mais simplement des dommages-intérêts.

La jurisprudence avait déjà eu, dans de nombreuses occasions, la possibilité de sous-entendre la garantie. En particulier, dès 1841, une garantie était sous-entendue dans les polices d'assurances maritimes. La fiction consistait à considérer le bateau comme susceptible, en ce qui concerne les réparations, le matériel, l'équipage et à tous les autres égards, de faire face aux périls ordinaires du voyage, car telles étaient les intentions des parties ; de même la fiction de la garantie sous-entendue a pris une certaine extension, en matière de mandat et de gestion d'affaires.

Dès 1857, la Cour d'Exchequers se prononça sur la question dans l'affaire Collen contre Wright¹, il fut jugé que le mandataire, contractant avec un tiers, garantit que son mandat l'autorise à conclure l'accord ; car il est dans les intentions du tiers de contracter avec le mandant ; si le mandataire dépasse ses pouvoirs, il peut être poursuivi en dommages-intérêts pour violation de la garantie et le juriste anglais, commentant cet arrêt... écrit qu'il est fondé sur une fiction nullement incompatible, du reste, avec l'évolution historique du contrat anglais (Salmond, page 370).

Mais la théorie des garanties sous-entendues a pris toute son importance dans le domaine de la vente. En France, la loi exige que le vendeur accorde la garantie de fait et celle de droit. A Rome, au contraire, la vente primitive était uniquement une opération de transfert effectuée au comptant ; elle n'entraînait, au début, aucune obligation.

Il en était de même dans le droit anglais primitif.

Plus tard, la défaillance d'une des garanties que l'acheteur était en droit d'attendre entraînait, non pas une action contractuelle, mais une action délictuelle. Tout délit entraîne en effet, nécessairement, une condamnation à des dommages-intérêts. Et cette explication permet de comprendre pourquoi encore aujourd'hui une action en garantie ne donne jamais lieu à la résolution du contrat, mais toujours à des dommages-intérêts. C'est seulement en 1778 que l'action en garantie a pris la forme contractuelle qu'elle a conservée depuis.

1. Collen v. Wright, 1857, 8 E et B 647.

2. Ames, *Lectures*, p. 138.

Cette transformation s'est produite, en sous-entendant, grâce au procédé de la fiction, une promesse de garantie là où elle avait été omise. Ces garanties étaient déduites des usages commerciaux du contrat lui-même, des circonstances précédant l'affaire, et d'une manière générale de l'intention des parties.

Enfin, le *Sale of goods act*, la loi sur les ventes, a définitivement consacré le système coutumier, en sous-entendant à côté de nombreuses conditions dont l'inexécution permet de résoudre le contrat : 1° une garantie impliquant que l'acheteur possédera et jouira tranquillement des marchandises ;

2° Une garantie impliquant que les marchandises seront libres de toute charge ou servitude, non déclarées ou connues de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat. Il convient donc de retenir que tout le système anglais des *warranties* qui correspond grossièrement aux garanties du droit français découle de la doctrine de l'autonomie de la volonté et du désir de respecter les intentions des parties.

La Fiction de la condition sous-entendue

Le cas fortuit et la force majeure

La manière dont le droit anglais a résolu la question du cas fortuit et de la force majeure dénote également sa volonté de respecter les intentions des parties.

Au premier abord, une telle proposition semble très paradoxale, sinon entièrement fausse.

En effet, les Anglais n'ont pas encore, en principe, atteint le stade que les Romains avaient déjà franchi au début du premier siècle de la République puisque

théoriquement l'impossibilité d'exécuter qui surgit postérieurement à la formation du contrat n'est pas considérée comme une excuse.

Tel est le principe certainement étonnant pour les continentaux, qui domine cette question. En effet, l'article 1148 du Code civil, qui régit en France ces matières, est ainsi conçu : « Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit. » Ce point de vue qui semble relever moins du droit proprement dit que du sens commun n'a pas encore, en théorie, acquis droit de cité en Angleterre.

L'affaire qui a déterminé les principes de la jurisprudence anglaise dans cette question date de 1647¹. Elle mérite d'être examinée de très près puisque aujourd'hui encore elle fait autorité.

Voici les faits :

Paradine poursuivait Jame pour obtenir le prix de son fermage. Jame excipait du fait qu'un prince allemand, du nom de Ruppert, un étranger ennemi du roi et de son royaume, avait pénétré dans sa propriété avec une armée d'ennemis. Il déclara que le fermage n'était pas dû, ayant été privé, à la suite d'événements extraordinaires, des bénéfices avec lesquels il aurait pu payer. Il fut jugé qu'une partie à un contrat, prenant sur elle une obligation, est tenue de l'accomplir, nonobstant tout accident dû au hasard inévitable, parce qu'elle aurait pu se prémunir par une clause de son contrat.

1. Paradim v. Jane, 1647, Aleyn 26.

Et ce jugement qui a été rendu en 1647 est encore suivi aujourd'hui. Toutefois, si, théoriquement, l'impossibilité d'exécuter ne constitue pas une excuse, les exceptions sont devenues si fréquentes qu'elles ont fini par restreindre très considérablement la portée de la règle.

Et toute cette évolution de la jurisprudence est due uniquement à la recherche de l'intention des parties, à la doctrine de l'autonomie de la volonté. En effet, cet assouplissement du contrat n'a rien de commun avec notre notion de cas fortuit ou de force majeure. Comme l'a dit un juriste anglais, le principe de la dissolution pour impossibilité relève de la loi des contrats. Il dépend d'une condition expresse ou sous-entendue, et non pas de quelque chose d'extérieur au contrat qui amènerait sa dissolution comme c'est le cas dans les systèmes juridiques continentaux et en particulier dans le droit français.

On distingue, en général, cinq catégories de cas où l'impossibilité d'exécuter est susceptible d'amener l'extinction du contrat :

1° Lorsque l'exécution devient impossible à la suite d'une modification de la loi ;

2° Lorsque l'exécution devient impossible à la suite de la destruction de l'objet essentiel à l'accomplissement de l'obligation ;

3° Lorsque l'exécution devient impossible à cause d'une modification, d'un état de choses dont la permanence était sous-entendue par le contrat ;

4° Lorsque le contrat est impossible *ab initio* (erreur) ;

5° Lorsque l'exécution du contrat de louage de service est rendu impossible par la mort ou la maladie du locataire de service.

L'impossibilité d'exécuter provenant d'une modification de la loi ou d'un acte du pouvoir exécutif fut considérée comme déliant le débiteur de son obligation pour la première fois en 1869 ¹.

Les faits étaient les suivants :

Un propriétaire d'une pièce de terrain en avait loué une partie et l'avait grevée d'une servitude non *aedificandi*. Une Compagnie de chemins de fer, agissant en vertu d'actes légaux, prit possession du terrain pour y construire une gare. Il fut jugé que cette expropriation forcée avait créé une nouvelle sorte d'ayants cause qui n'avait pas été prévue par les parties au moment de la conclusion du contrat.

Nous retrouverons toujours le même mode de raisonnement consistant à sous-entendre une clause de l'accord qui ne pouvait pas être prévue par les contractants.

La première affaire où l'impossibilité d'exécuter en raison de la destruction de l'objet indispensable à l'accomplissement de la prestation est relativement récente. Elle date de 1863 et sa partie pratique est naturellement considérable.

L'espèce était la suivante ² :

Les défendeurs étaient les propriétaires d'un music-hall qui s'étaient engagés à en accorder l'usage aux plaignants. Avant que ceux-ci aient pu prendre possession du music-hall celui-ci brûla. Les plaignants demandaient des dommages-intérêts et ils furent déboutés. Les attendus du jugement sont extrêmement significatifs.

1. Baily v. de Crespigny (1869), L. R. 4 Q. B. 180 ut p. 185.

2. Taylor v. Caldwell (1863).

Le juge Blackbrun déclare en effet :

« Il y a des autorités considérables qui établissent le principe que lorsque, par la nature même du contrat, les parties doivent avoir su qu'il ne pouvait être exécuté, si, au moment voulu, une chose avait cessé d'exister, alors le contrat ne doit pas être interprété comme absolu; mais il est soumis à une condition sous entendue que les parties seront excusées au cas où la disparition de l'objet n'est pas due à la faute des contractants. » Donc ici encore on fait fléchir la rigidité du principe au nom du respect des intentions des parties.

La jurisprudence détermina une troisième catégorie d'exceptions à l'occasion du couronnement d'Edouard VII. C'est pourquoi on appelle encore aujourd'hui *coronation cases*, ces affaires où pour la première fois il fut jugé que lorsque l'exécution était rendue impossible par la force majeure subséquente à la conclusion de l'accord, le contrat était résolu. Les faits sont curieux¹, le défendeur, en vertu d'un contrat rédigé par écrit, devait louer l'appartement du demandeur les 26 et 27 juin, jours prévus pour le couronnement. Le contrat ne contenait aucune clause relative à la cérémonie du couronnement. Les motifs véritables de l'accord étaient cependant connus des deux parties. La date du couronnement fut modifiée, en raison de la maladie subite du roi ; le demandeur n'ayant plus de raison pour utiliser l'appartement refusait de payer le prix prévu et le jugement condamnant le défendeur fut motivé de la manière suivante : Je ne crois pas que le principe d'excuse de

l'impossibilité est limitée au cas où celle-ci provient de la destruction ou de l'inexistence de l'objet du contrat ou de telle ou telle condition expressément spécifiée ; je crois que vous devez d'abord déterminer non pas nécessairement en partant des clauses du contrat, mais par des déductions tirées des circonstances, quelle était la substance de l'accord. Vous devez ensuite vous poser la question de savoir si cette substance est basée sur la supposition qu'un certain état de choses doit exister. En d'autres termes, le juge doit se demander, comme le dit le plus récent commentateur, si le contrat doit être interprété comme soumis à la condition que le couronnement ait bien lieu au jour prévu.

Le même principe de la recherche des intentions des parties réalisé par la fiction de la condition sous-entendue est adopté par la jurisprudence anglaise lorsque l'exécution du contrat est impossible *ab initio*, au lieu de devenir inexécutable postérieurement à la conclusion de l'accord comme dans les cas précités. Les défendeurs avaient loué une certaine pièce de terrain afin d'en retirer de l'argile. L'accord prévoyait que la production d'argile ne devait pas tomber au-dessous de 1.000 tonnes par an. Une certaine somme devait être remise aux propriétaires proportionnellement au nombre de tonnes extraites. La production fut, dès la première année, inférieure au chiffre prévu. Les défendeurs déclarèrent qu'une telle quantité d'argile n'existait pas dans cette carrière et il fut jugé que le contrat devait être considéré comme subordonné à la condition sous-entendue qu'il existait une quantité suffisante d'argile.

1. Krell v. Henry, 1903, 2 K. B. 740.

Enfin le même respect des intentions des parties est observé par la jurisprudence afin d'atteindre une solution équitable lorsque l'exécution d'un contrat de louage de services est rendue impossible par la mort ou la maladie. Dans *Robinsen v. Davison*¹, un pianiste avait été empêché par une grave maladie d'exécuter son contrat. Le juge rendit l'arrêt suivant : je suis d'avis qu'en raison des termes du contrat la faiblesse du corps ou de l'esprit du pianiste, à condition qu'il n'y ait pas faute de sa part, constitue une excuse valable. Bien entendu des parties auraient pu déclarer que l'incapacité ne constitue pas une excuse... Ils ne l'ont pas fait ; en raison de leur silence, le contrat à mon avis doit être considéré comme ayant été soumis à cette condition et comme n'ayant pas une portée absolue.

On ne peut pas indiquer plus clairement que ici encore le juge anglais n'a pu aboutir à cette solution dictée par l'esprit de justice qu'en essayant d'interpréter la volonté des parties.

De même que nous faisons une distinction entre la difficulté et l'impossibilité, de même les Anglais ont établi une démarcation très nette entre l'impossibilité commerciale et l'impossibilité matérielle. L'impossibilité commerciale équivaut à une très grande difficulté, comportant des pertes d'argent considérables, mais l'impossibilité matérielle absolue, irrémédiable, constituera seule une excuse.

Nous ne devons pas nous étonner si les Anglais ont adopté cette solution, car le droit français lui-même s'en est tenu à cette conception formaliste de l'impos-

1. 1871, L. R. 6 Ex. 269.

sibilité absolue. Remarquons que le droit allemand distingue également entre l'impossibilité subjective et l'impossibilité objective.

Les *leading-cases* sont particulièrement caractéristiques de la manière implacable dont la jurisprudence anglaise interprète les contrats.

Dans *Barker versus Hodgson*¹, tous rapports avec un port étant interdits, en raison d'une épidémie, l'affréteur fut dans l'impossibilité de fournir un cargo. Il fut jugé qu'il n'était nullement délié de son obligation, les lois étrangères n'affectant pas un contrat anglais.

Pendant la guerre, cette question prit une importance très considérable. Chose curieuse, pendant les premières années de la guerre, l'impossibilité commerciale fut considérée comme suffisante. Une *chart-party* fut dissoute, et le jugement déclara que les parties devaient être excusées si tout le contrat devenait impossible, ou si son exécution devenait impraticable, c'est-à-dire, pratiquement impossible².

Il est curieux de constater que ces jugements sévères ont été considérés par les juristes anglais comme constituant une application stricte du principe : les intentions des parties régissent l'interprétation du contrat. En effet, les commentateurs firent le raisonnement suivant : dans les contrats de ce genre il ne faut pas sous-entendre que le contrat est subordonné à la condition de pouvoir obtenir la marchandise que le vendeur a promis de livrer, il faut, au contraire, sous-entendre que le risque de ne pas pouvoir

1. 1814 3 M. et S. 267, 15 R. R. 485.

2. *Tamplin Steamship Co v. Anglo American Products*, 1916, 2 A. L. J. 397.

procurer la marchandise doit reposer sur les vendeurs et non sur les acheteurs ².

Retenons simplement de cette étude sur la force majeure que le contrat anglais présente encore d'autres aspects que ceux sous lesquels nous avons coutume de le voir. A côté d'un formalisme qui survit encore théoriquement, puisqu'en principe l'impossibilité ne constitue pas une excuse, la jurisprudence a cherché à interpréter la volonté des parties et a échafaudé lentement, empiriquement, à l'anglaise, une superbe construction juridique fondée incontestablement sur le principe de l'autonomie de la volonté. En voici un autre exemple :

La fiction du trust sous-entendue.

En principe, la stipulation pour autrui est interdite en Angleterre. Cependant nous trouvons dans le courant du xvi^e et du xvii^e siècle un certain nombre de cas où le tiers bénéficiaire fut autorisé à agir en justice et Lord Holt formula même le principe suivant : Lorsqu'il y a une promesse faite par A à B à l'effet de payer les dettes de B à C, C peut actionner A si celui-ci a reçu une considération pour son engagement. (Eland v. Yard Harvard Law Review, 1894, vol. VIII, p. 93). Toutefois à partir du moment où la doctrine de la considération commença à s'implanter d'une manière définitive dans la *Common law*, le principe de la stipulation pour autrui était condamné. En effet, l'histoire de l'action *of assumpsit* que nous avons développée plus haut et dont découle la notion actuelle de la considération explique qu'il doit y avoir une relation

2. Salmond, p. 309.

directe, une *privity* dira le droit anglais, entre la partie qui intente une action et le défendeur. Puisque la considération nécessaire à l'action est constituée, soit par une renonciation, soit par un avantage émanant d'une des parties et effectué en faveur de l'autre, le tiers bénéficiaire est naturellement privé de tout recours. Toutefois la nécessités pratiques prirent bientôt le pas sur les considérations d'ordre purement juridique et les juges anglais firent ici encore prévaloir, grâce à une fiction ingénieuse, la volonté des contractants.

Les tribunaux d'équité, toujours soucieux de respecter les intentions des parties, utilisèrent afin de valider la stipulation pour autrui cette institution du trust, si malléable, et qui ne possède son équivalent dans aucune législation continentale. Rappelons que le trust, dont l'invention remonte au droit immobilier du moyen âge, doit son développement à la volonté de certains ordres monastiques de tourner les interdictions auxquelles ils étaient assujettis. En transférant la propriété légale à un homme de paille, ils conservaient pour eux-mêmes la propriété équitable, c'est-à-dire le domaine utile. La validité de cette opération n'était du reste reconnue que par les tribunaux d'équité, qui conservèrent jusqu'à nos jours une compétence exclusive en matière de trust.

Or le bénéficiaire du trust dispose d'une action contre le *trustee*, sans qu'il ait été nécessairement partie au contrat. Aucune *privity* (c'est-à-dire aucune relation directe) n'est nécessaire afin de créer des droits au *cestui qui trust*, et il n'est soumis à aucune obligation en ce qui concerne la considération. Il est facile de deviner le parti que les tribunaux d'équité toujours

soucieux des intentions des parties allaient tirer de cette règle. Grâce à une fiction habile, le stipulant est considéré comme transférant la propriété légale au promettant en faveur du tiers bénéficiaire auquel revient la propriété utile ou équitable.

Cette fiction est d'une hardiesse incontestable. En effet, bien que tout trust peut être considéré en un certain sens comme impliquant un contrat, il contient tant d'autres éléments qu'il est différent non seulement de toutes les espèces de contrat, mais encore du contrat en tant que tel (Pollack, p. 223).

Cependant, il fut jugé en 1871 que lorsqu'une somme doit être payée par A au profit de B, B dispose d'une action comme si le contrat avait été conclu avec lui-même (Touche v. Metropolitan Warehousing C^o, 1871, Arch. 1871), car aucune *privity* (relation directe) n'est nécessaire afin de créer des droits au *cestui qui trust*, et il n'est soumis à aucune obligation en ce qui concerne la considération (Anson, p. 336). Dans le *leading case* (Page v. Cox, 10 Ha, 163), les statuts d'une société de personnes contenaient une disposition en vertu de laquelle la femme de chacun des associés avait le droit après la mort de son mari de réclamer sa part dans la société. Le jugement considéra que la clause était valable, et que la femme disposait d'une action contre la société, la dite clause pouvant être interprétée comme un trust.

Ainsi, une fois de plus grâce au procédé de la fiction, le formalisme du droit anglais s'est plié à la nécessité véritablement primordiale dans un pays commerçant de faire prévaloir les intentions des parties sur un formalisme désuet.

CHAPITRE VI

La règle et le Standard

Standard anglais opposé à la règle française.

Nous nous sommes contentés jusqu'ici de donner un exposé bigarré certes, mais où nous ne rencontrions aucun élément inconnu, des divers instruments de la technique juridique anglaise. Mais il convient d'examiner un peu plus longuement le standard. Celui-ci passe pour constituer l'expression de l'esprit de compromis caractéristique de toutes les institutions anglaises opposée à la rigidité de l'esprit juridique français. Or, il n'en est rien. La jurisprudence française fait très souvent usage de standards et comme nous allons essayer de le démontrer, la différence est moins entre le droit français et le droit anglais qu'entre le Code Napoléon et le *Common law*.

Voici les définitions de la règle et du standard données par M. Roscoe Pound ¹, le plus éminent représentant de la philosophie du droit dans les pays anglosaxons. La règle, forme rigide, application mécanique des règles strictes, logique inexorable, procédant sur

1. Roscoe Pound, *Administrative application of legal standards*, vol. 44, p. 455 et 450.

la base de principes fixes et de conceptions étroitement limitées, tels sont les moyens par lesquels les systèmes juridiques ont essayé d'atteindre l'impartialité et la certitude dans l'administration de la justice.

Le standard : L'élimination des faits de la cause en vue d'obtenir une règle rend la règle impossible en tant que compromis pratique entre les intérêts des parties dans les situations infiniment variables de la conduite humaine. En élaborant le standard, la loi ne cherche ni à généraliser en éliminant les faits, ni à particulariser en les incluant. La loi cherche à formuler la position vis-à-vis de la conduite des individus et ainsi de guider le bon sens du jury ou du juge appelé à juger un certain acte commis dans certaines circonstances.

L'opposition entre la flexibilité du standard et la rigidité de la règle est devenue un lieu commun. L'une a pour caractéristique la loi française aux formules nettes et tranchées, l'autre est censée symboliser la jurisprudence anglaise, aux facultés d'adaptation multiples. Ces vues sont bien superficielles et l'analyse d'exemples concrets montre à merveille que la loi française a certes été soumise, bien souvent, au carcan rigide que lui imposait le Code civil. Mais il existe, en dehors du Code, une jurisprudence moderne qui, loin d'appliquer des règles immuables, fait usage de principes très souples, qui ressemblent singulièrement au standard.

Nous allons, dans une première partie, exposer les contrastes entre les méthodes françaises et anglaises en ce qui concerne les pouvoirs du tuteur, le taux de l'intérêt et la lésion. Dans une seconde partie, nous montrerons que les solutions données en France et en An-

gleterre, à quelques problèmes modernes tels que les restrictions contractuelles à la liberté du travail, la liberté des trusts, l'intervention des tiers dans un conflit du travail sont singulièrement similaires.

La capacité du mineur.

Il est très naturel que les prohibitions instituées par un droit coutumier soient plus souples et plus flexibles que celles dont les articles de loi ont dû préciser les modalités. Il est inutile d'insister sur l'aversion des formules, qu'elles soient politiques ou juridiques, qui a toujours caractérisé les Anglais.

Nulle part, peut-être, la multiplicité des règles du droit français s'oppose avec autant de netteté aux concepts malléables de la jurisprudence anglaise qu'en matière d'incapacité contractuelle du mineur. Les actes du mineur français se divisent en six catégories bien distinctes : 1° Nous trouvons d'abord les actes que le tuteur peut accomplir seul ; ce sont les actes conservatoires, réception des revenus et des capitaux, paiement des dettes, entretien des immeubles, emploi des économies ; 2° Les actes subordonnés à la seule autorisation du Conseil de famille : aliénation de valeurs mobilières au-dessus de 1.500 francs, conversion de titres nominatifs en titres au porteur, placement de capitaux, acceptation de donations, acceptation ou répudiation de succession, procès relatifs aux immeubles, prise à bail d'une ferme du mineur ; 3° Actes nécessitant, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal ; aliénation des meubles incorporels dépassant 1.500 francs, aliénation

des immeubles ou constitution de droits réels immobiliers, emprunts, placements au-dessus de 1.500 francs. Lorsque le mineur accomplit seul un des actes qui auraient dû être faits par le tuteur, sans autre autorisation ultérieure, en l'absence de lésion, ces actes sont valables, conformément à l'adage *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus*.

Si l'acte accompli par le mineur est un de ceux pour lesquels le tuteur lui-même aurait été tenu d'observer certaines formalités substantielles : autorisation du conseil de famille, conseil judiciaire, etc..., ou du tribunal, il est nul de plein droit.

Il serait difficile d'imaginer une réglementation plus compliquée, plus minutieuse, plus rigide. La jurisprudence anglaise, au contraire, distingue simplement deux sortes de contrat : les uns, permettant l'acquisition de biens nécessaires, sont valables. Tous ceux qui n'entrent pas dans cette catégorie, c'est-à-dire les accords relatifs à d'autres objets que les *necessaries* sont nuls.

Voici la manière dont Jenks¹ résume la jurisprudence anglaise : « Un mineur peut conclure un contrat de payer un prix raisonnable pour des biens ou des services adaptés à ses conditions d'existence, actuellement requises par lui, en vue d'un confort raisonnable. »

Donc, le juge anglais se contentera purement et simplement d'examiner si l'objet acquis rentre dans la catégorie des objets nécessaires et si le prix est raisonnable.

La seconde condition n'exigera pas d'explications,

1. Jenks, t. I, § 150.

« un prix raisonnable est celui qui correspond à la valeur des biens ou des services acquis ». Notons simplement que le mineur n'aura pas le droit de remettre en paiement des effets négociables, le prix de vente devant consister en une somme d'argent ².

Par contre la notion de *necessary* est très complexe et nécessite une analyse beaucoup plus approfondie.

En effet, la jurisprudence a élargi cette notion d'une manière très intelligente. Au lieu de se borner au principe abstrait d'objets nécessaires et indispensables à l'existence, elle a tenu compte de la situation sociale des parties. Comme l'écrit Anson, la qualité et le nombre des vêtements qui sont nécessaires à un collégien d'Eton ne le serait plus du tout à un petit télégraphiste ou s'il est certain qu'un étudiant en droit a besoin de manuels pour travailler, il n'a pourtant aucun besoin d'une édition rare de Littleton's tenures.

Ainsi dans l'affaire *Ryder v. Wembwell* ¹, un fils de baronnet, qui avait un revenu annuel de £ 500 au moment où se produisit le litige, et qui devait avoir à sa majorité un revenu de 20.000 livres, avait acheté à un bijoutier une paire de solitaires garnis de rubis et de diamants d'un prix de 25 livres, en vue d'en faire le cadeau à un ami, chez lequel il devait séjourner.

Véritablement, au premier abord, il semblerait impossible de soutenir que des solitaires constituent des objets nécessaires, et il est probable qu'en France, la question n'aurait pas pu être posée. Pourtant, en première instance, le défendeur obtint gain de cause et ce

¹. Fère, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*.

². *Ryder v. Wembroell*, 38 L. J. Ex. 8, 1868.

n'est qu'en appel, après une discussion très serrée, que les solitaires furent reconnus comme ne faisant pas partie de la catégorie des *necessaries*.

Les défenseurs, en appel ¹, firent valoir que le mineur était fils d'un baronnet, qu'il fréquentait la meilleure société et que la condition sociale du marquis de X..., auquel il destinait le cadeau justifiait assez le caractère de *necessaries* des solitaires, ce genre de présent étant habituel et pour ainsi dire obligatoire dans un certain milieu.

Le demandeur répondait qu'il était déjà abondamment pourvu de bijoux et que l'achat des solitaires n'était nullement utile pour lui.

Nous voyons que tous les facteurs de la question ont été discutés et que certains éléments ont été pris en considération qui ne l'auraient peut-être pas été en France, comme les obligations mondaines et la situation sociale des parties. C'est ainsi qu'ont pu être considérées comme nécessaires, non seulement le logement ², l'éducation et l'instruction ³, une livrée pour l'ordonnance d'un capitaine ⁴, mais encore une charrette légère pour un officier parce qu'il sied à un jeune officier d'avoir une charrette légère ⁵, une chaîne de montre en or, des bagues et deux épingles de cravate en or pour le fils d'un homme fortuné faisant des études à Cambridge parce qu'il était le fils aîné ⁶, des éperons, un costume d'équitation et un harnais

1. Fère, *ibid.*, p. 286.

2. Love v. Griffith, 1 Scott 456.

3. Walter v. Everard.

4. Hands v. Slawey 8 T. R. 578-81.

5. Bernard v. Anen, 7 C. et B. 52.

6. Dalton v. Gib, 5 Bing, N. C. 198.

pour le fils d'un fermier¹, une bicyclette de course pour un jeune apprenti gagnant 25 shillings par semaine et vivant avec ses parents², un cadeau de fiançailles pour un jeune homme riche³, etc.

Donc, si nous comparons les deux systèmes, anglais et français, nous arrivons à des conclusions très intéressantes : le prix raisonnable, exigé par la jurisprudence anglaise, correspond à l'absence de lésion qui est requise par la loi française, parfaite similitude des deux droits en cette matière, puisque à la différence de la lésion entre majeurs, celle entre mineurs n'est pas strictement définie en droit français.

Par contre, le mineur anglais peut acquérir seul les *necessaries* et nous avons vu de quelle extension cette notion est susceptible. En France au lieu de ce concept si souple, nous rencontrons des catégories rigides.

En cas de tutelles, les achats du mineur sont valides s'ils n'engagent que les revenus ; en cas d'administration légale, le mineur pourra engager jusqu'à 1.500 francs de son capital, sinon ils sont nuls.

La différence essentielle entre les deux systèmes réside donc dans cette opposition entre la règle et le standard dans la souplesse et l'extensibilité de la notion de *necessary*, comparée avec les cadres rigides adoptés par la loi française.

Le taux de l'intérêt

Nous ne nous étonnerons pas de retrouver, en Angleterre, en matière de prohibition de l'intérêt, au lieu

1. Hill v. Arbon, 34 L. T. 125.

2. Clyde C v. Hargraves, 78 L. T. 296, 1898.

3. Jenno v. Walker, 19 L. T. V. S. 398.

d'une réglementation détaillée, des termes vagues, des notions floues, en un mot les standards. En France au contraire le taux de l'intérêt a, tout d'abord, été limité très strictement par l'article 1907 du Code civil et par la loi du 5 septembre 1807. L'article 1907, alinéa 1, est ainsi conçu :

« L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. »

Ce texte, qui constituait un compromis entre ceux qui voulaient une limitation du taux de l'intérêt et les partisans de la liberté des contrats, faisait prévoir la loi du 3 septembre 1807 qui fixait le taux de l'intérêt de la manière suivante :

« L'intérêt conventionnel ne pourra excéder en matière civile 5 %, le tout sans revenu. » En vertu de la même loi devait être considéré comme usuraire tout intérêt dépassant 6 % en matière commerciale.

La loi de 1886 a supprimé toute limitation du taux de l'intérêt en matière commerciale et la loi de 1918 en matière civile. Après avoir réglementé, très strictement, en fixant un chiffre maximum le taux de l'intérêt autorisé, la loi française, plus fidèle à ses méthodes qu'on ne le penserait au premier abord, adopte un autre principe, rigide lui aussi, malgré ses apparences, celui de la liberté absolue des contrats.

La jurisprudence anglaise sur l'usure peut être divisée en deux périodes bien distinctes, séparées par le *Money lenders act* de 1900. Jusqu'à cette loi, les contrats usuraires étaient régis par les principes généraux de l'équité. Le juge recherchait si l'affaire avait été loyale ou, au contraire, si elle devait être annulée en

tant que contre la conscience, comme *unconscionable*, en s'inspirant de tous les faits de la cause.

Le seul fait que l'intérêt était excessif ne suffisait pas pour que l'affaire fût « contre la conscience ». Il fallait encore que l'emprunteur ait été soumis à un abus d'influence, autrement dit il était indispensable que les parties n'eussent pas traité sur un pied d'égalité. Au contraire, après 1900, il devint inutile de prouver l'abus d'influence, et un taux d'intérêt usuraire fut considéré comme pouvant donner lieu *ipso facto* à la rescision du contrat.

Ce qu'une cour doit faire dans une telle circonstance, déclare le lord Chancellor¹, si elle estime que les intérêts et charges sont excessifs, c'est de voir si réellement et en fait, d'après son sens de l'équité, la convention était *unconscionable*, contre la conscience.. On vous demande de dire qu'un taux excessif d'intérêt ne peut entraîner par lui-même cette conséquence, je n'accepte pas cette opinion et particulièrement si ces charges demeurent inexpliquées.

Pour se rendre véritablement compte de la méthode adoptée par la jurisprudence anglaise, il convient d'analyser quelques affaires et d'exposer la souplesse extraordinaire, dont ici encore les tribunaux anglais ont fait preuve. Ainsi dans *King v. Burnett*², l'emprunteur s'était engagé à rendre 210 livres, alors qu'il n'avait reçu que 150 livres. le taux de l'intérêt fut réduit à 20 % en raison de l'absence de risque encouru par le prêteur. En effet, dit le jugement, l'emprunteur se trouvait

1. *Samuel v. Hewbold*, 75 L. G. Ch. 705.

2. *King v. Burnett*, T. L. R. 1907.

dans des embarras pécuniaires purement passagers ; étant commerçant, il possédait un stock de marchandises important en magasin et, d'autre part, il vivait en bonne intelligence avec son père qui était de condition aisée. Par conséquence, les risques encourus ne pouvaient pas justifier l'existence d'un taux d'intérêt aussi élevé.

D'autre part, quand une sûreté a été exigée par le créancier, on conçoit qu'il doive se montrer moins exigeant. Dans une affaire ¹, où le taux de l'intérêt avait été fixé à 150 %, celui-ci fut réduit par le juge à 25 %, en raison des valeurs déposées en garantie ; celles-ci limitaient, en effet, les risques du créancier et le taux de 150 % devenait un taux *unconscionable*.

La Lésion

Comme nous le montrerons plus loin, le droit anglais ne connaît pas de théorie de vice du consentement, comparable à celle qui existe en droit français, et en particulier un contrat n'est jamais annulé sous prétexte que la lésion énorme constituerait un vice de la volonté. En fait, toute la théorie anglaise de la lésion part du principe qu'un contrat déloyal ne peut pas être sanctionné par les tribunaux. Nous retrouvons toujours ici la prépondérance du point de vue moral. Lorsqu'on conçoit la lésion comme le préjudice qu'une personne peut éprouver quand elle accomplit un acte juridique (Capitant, t. II, p. 289), il est naturel qu'on exige de circonscrire et de définir avec exactitude le concept de lésion, autrement dit de transporter le qualitatif en quantitatif, suivant l'expression de M. Gény.

1. Wolfe v. Butters T. L. R. 1912.

La législation française forme en cette matière avec le droit anglais un contraste frappant. Autant la définition anglaise de la lésion est indécise, autant les règles françaises sont rigides et strictes. En effet, le Code admet la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, au profit du vendeur d'immeubles (article 1674). Il l'admet aussi en cas de lésion de plus du quart en matière de partage. Enfin l'article 783 établit aussi une variété de rescision pour cause de lésion en permettant à l'héritier de faire annuler l'acceptation qu'il a faite d'une succession, s'il vient à découvrir postérieurement un testament contenant des legs qui absorbent ou diminuent de plus de moitié la succession par lui acceptée.

Le point de vue purement moral adopté en Angleterre ne permet pas l'établissement d'une règle stricte, constituant un critérium susceptible de faire discerner quand la lésion est contre la conscience. Rappelons quelques dictons qui sont cités de préférence en Angleterre dans l'analyse de ces questions. A moins que l'insuffisance du prix soit telle qu'elle choque la conscience et équivaut en elle-même à la preuve concluante et évidente de la fraude, elle ne constitue pas une défense suffisante pour refuser la *specific performance* (Lord Eldon). L'insuffisance doit être suffisante pour blesser la conscience, dit un autre arrêt (Lord. S. Leonard). Il est difficile d'imaginer un critérium plus souple, et qui se conforme mieux à l'idée que l'on se fait du standard.

En somme, les règles françaises s'opposent au standard anglais à un double titre. Tout d'abord, les Anglais admettent la rescision de tout contrat, quel qu'il soit, alors qu'en France, seule une vente d'im-

meuble, un partage, et dans certaines conditions une acceptation de succession, sont passibles d'être annulés pour lésion. D'autre part, dans chaque cas, le Code précise minutieusement quel degré d'importance la lésion doit atteindre, afin de pouvoir être prise en considération par la loi, alors au contraire, que les Anglais se gardent bien de déterminer quelle lésion devra être considérée comme contre la conscience.

Il convient cependant de ne pas se laisser aller à des considérations sur la réglementation stricte du droit français opposé à la souplesse de la jurisprudence anglaise. Ces généralités, bien usées, ne résistent pas à la confrontation des faits.

En effet, s'il est exact qu'en France, certaines questions qui touchent seulement de très loin à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la nation ont été traitées avec une étroitesse et une raideur peut-être excessives, il n'en est pas moins vrai que les problèmes touchant à la vie économique moderne ont reçu, dans les deux pays, des solutions analogues.

Nous allons étudier quelques-uns des problèmes qui se sont posés au cours des dernières années devant les tribunaux de tous les pays industriels et dont la solution intéresse au plus haut point les intérêts de la nation. Ces problèmes sont relatifs aux restrictions contractuelles, à la liberté du travail, à la légalité des trusts et la responsabilité des tiers intervenant dans un conflit du travail.

Standard anglais parallèle à Standard français

Les restrictions contractuelles à la liberté du travail.

Le problème des restrictions contractuelles à la

liberté du travail se pose la plupart du temps sous la forme suivante :

Un patron cède son commerce à un acquéreur qui lui fait promettre de ne pas lui faire concurrence, de ne pas s'établir à l'intérieur d'un périmètre délimité pendant un certain nombre d'années, fixé au préalable. Il peut arriver également que la question se pose à propos de contrats de louage de services ; un employé qui a été, pendant un certain temps, dans une maison, pourra arriver à surprendre les secrets professionnels, on l'obligera donc, dans une clause insérée dans le contrat de louage, à prendre l'engagement de ne pas entrer, plus tard, au service d'un concurrent.

C'est principalement sous ces deux aspects que s'est posé le problème. Il s'agit, somme toute, de choisir entre la liberté des contrats et la liberté du travail.

En France, théoriquement du moins, la jurisprudence a abouti à un compromis très clair et très net : la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut être restreinte par une convention particulière, pourvu que cette convention n'implique pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée, tout à la fois quant au temps et quant au lieu (San-houry, p. 308).

Donc, théoriquement, pourvu qu'il y ait une limitation, pourvu que l'interdiction ne comporte pas les mots partout et toujours, les restrictions à la liberté du travail sont valables et reconnues comme telles par les tribunaux.

Un écrivain récent, qui a traité cette question à fond, distingua quatre stades dans l'évolution de la jurisprudence anglaise.

Dans la première période, qui va jusqu'en 1711, toute restriction contractuelle à la liberté du travail est absolument prohibée.

Dans une seconde phase, les Anglais, adoptant la solution qui prévaut encore aujourd'hui en France, distinguent entre les restrictions générales et les restrictions particulières, autorisant celles-ci et prohibant celles-là.

Enfin, dans une troisième période, la jurisprudence anglaise adopte, comme principe directeur, le standard de rationalité.

Voici les faits du *leading case*¹ : un fabricant céda son affaire à une société pour la somme de 287.500 livres, en promettant de ne s'occuper ni de poudre à canon, ni de canon, ni de fusil, ni de tout autre objet fabriqué par la société pendant un délai de 25 ans. Il conservait le droit d'acheter ou de vendre certains autres explosifs et tous les métaux en général.

La Chambre des Lords déclara que la restriction était raisonnable, puisque Nordenfeldt obtenait une très forte somme d'argent et conservait des droits très considérables, grâce auxquels il pouvait continuer à exercer son activité.

Donc, les tribunaux anglais, à partir de cette affaire, ne se demandèrent plus si les restrictions étaient générales ou particulières, mais si, vu l'ensemble du contrat, la clause restrictive pouvait être considérée comme raisonnable.

Enfin, dans une quatrième et dernière phase, nous voyons apparaître la distinction entre les contrats de louage de services et les contrats de cession de fonds

1. Nordenfeldt, 1894, A. C. 535.

de commerce. Les tribunaux anglais considèrent qu'en cas de contrats de louage de services, l'employé doit, avant tout, pouvoir continuer à assurer sa subsistance, grâce à la liberté du travail, d'autant plus que les parties ne sont pas ici à égalité, le patron étant, par sa position même, capable d'imposer sa volonté à l'employé. Dans les contrats de cession de fonds de commerce au contraire, les parties sont à égalité et la nature même du contrat exige que l'acheteur soit protégé contre la concurrence du vendeur².

La jurisprudence anglaise va donc s'efforcer de faire prévaloir, dans les contrats de louage de services, le principe de la liberté du travail et, dans les autres, celui de la liberté des contrats.

Nous avons vu que, théoriquement, la jurisprudence en France, au contraire, s'est imposée un critérium entièrement clair et parfaitement rigide : la liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie, déclare la Cour de cassation, peut être restreinte par une convention particulière, pourvu qu'elle n'implique pas une interdiction absolue et générale, c'est-à-dire illimitée à la fois quant au temps et quant au lieu¹.

Toutefois les résultats atteints par la jurisprudence française sont analogues aux solutions anglaises². Nous allons montrer, par deux exemples très caractéristiques, comment la Cour de cassation a successivement validé une clause restrictive générale et a annulé une clause restrictive particlle, en s'inspirant de considération d'équité qui se rapprochent beaucoup du standard de rationalité. Dans l'affaire Nor-

1. Sanhoury, p. 279. Les restrictions contractuelles à la liberté du travail.

2. D. P. 1922.1.294.

3. Sanhoury, p. 346.

denfeld, que nous avons déjà analysée plus haut, la clause restrictive empêchait ce dernier de participer à la fabrication de certains engins de guerre pendant 25 ans. Il avait à ce moment 46 ans.

Deux ans plus tard, le défendeur entre au service d'une société concurrente belge, la Cour de cassation valida la restriction, attendu que l'interdiction de 25 ans ne pouvait pas être considérée comme perpétuelle.

On a cependant peine à concevoir comment un homme âgé de 71 ans pourrait se remettre au travail, dans une branche de production dont il aurait été exclu pendant 25 ans.

Et la Cour suprême jugea également que la clause était générale, mais qu'il n'en pouvait être autrement, à raison de la nature du commerce cédé par Nordenfeld à la société, lequel est exercé dans tous les pays.

Il serait difficile de laisser entendre avec plus de clarté que la clause, quoique générale, est valable, lorsqu'elle présente un caractère raisonnable¹.

D'autre part, la Cour de cassation a annulé une restriction partielle, mais déraisonnable. Un employé de commerce, dans une maison de l'Indochine française, s'était engagé à ne pas entrer dans une autre firme, à ne pas en fonder une et à s'abstenir de toute affaire pour son compte personnel dans les quatre ans qui suivraient son départ.

La clause était essentiellement partielle, puisqu'elle était seulement destinée à s'appliquer pendant une période de quatre ans. D'un autre côté cette clause était déraisonnable, puisqu'elle interdisait à l'un des contractants de gagner sa vie pendant quatre ans¹.

1. Sanhowry, *ibid.*, p. 348.

La Cour de cassation fit valoir que cette clause mettait le défendeur dans une véritable impossibilité de vivre, et oubliant ses principes elle déclara, adoptant les motifs de la cour d'appel, que la clause litigieuse était attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre ².

Nous pourrions donc conclure qu'en matière de restriction contractuelle à la liberté du travail, les principes théoriques ont cédé sous la pression de l'expérience et se sont assouplis au point d'aboutir à des solutions très voisines de celles qui ont prévalu en Angleterre, grâce au standard de la rationalité.

La légalité des trusts

La jurisprudence anglaise distingue conformément à son esprit et à ses méthodes entre les bons trusts et les mauvais trusts.

Les premiers, qui sont l'effet naturel de la liberté des contrats, sont peut-être nécessaires au développement rationnel de la production. Les autres, au contraire, doivent être interdits, car ils ne tendent souvent à rien moins qu'à l'accaparement des denrées de première nécessité, à la hausse artificielle des prix et constituent, souvent, un véritable péril national.

Ainsi lorsqu'un contrat et les circonstances qui l'entourent montrent une tentative d'obtenir, sur une large échelle, le contrôle du marché et, en particulier, d'une denrée de première nécessité et lorsque cet

1. Sanhoury, *ibid.*, p. 351.

2. D. P. 1913.1.342.

accord a provoqué une hausse artificielle, par des restrictions plus strictes que nécessaires, pour la protection du commerce local et au détriment du public, cet accord sera considéré comme illégal. Prenons un exemple d'entente illicite ¹.

Il s'agissait de fabricants de sel, avec lesquels les demandeurs avaient conclu un accord en vertu duquel ils achèteraient chaque année tout leur stock. Le défendeur qui possède n'avait pas le droit de fournir du sel à d'autres marchands. La légalité de cette coalition fut mise en question.

La décision suivante fut rendue : Lorsqu'un contrat et les circonstances qui l'intéressent montrent une tentative d'obtenir sur une large échelle le contrôle du marché et en particulier d'une denrée de première nécessité et lorsque cet accord vise à provoquer une hausse artificielle par des restrictions plus strictes que nécessaires pour la protection du commerce local et au détriment du public, cet accord sera considéré comme illégal.

Nous avons vu que la jurisprudence des pays anglosaxons distingue entre les bons et les mauvais trusts. Cette même distinction a fini par prévaloir en France.

Il est même curieux de constater que le monde des affaires français, habitué aux formules claires et nettes, s'est toujours déclaré partisan d'un critérium précis ¹. Le critérium adopté est cependant très flou, ainsi qu'il convient en une matière essentiellement soumise aux fluctuations économiques et politiques du jour.

Tout ce qu'il est possible de dire c'est que pour savoir

1. North West Salt C v. Electrolytic Alkoly C , 1912, 107 L. T. 439.

2. Note Lévy-Ullmann, S. 1901.2.229.

si une entente, quelle que soit d'ailleurs la dénomination (entente syndicale, cartel ou trust) ou la forme juridique extérieure (simple accord syndical, association ou société), est ou non illégale, il faut s'attacher à son but véritable.

S'il s'agit simplement de lutter contre la concurrence étrangère, de régulariser les prix sans les surélever, d'empêcher la surproduction, si, pour reprendre une formule caractéristique de la Cour de Grenoble, l'objet de l'accord est non de surélever, par une hausse factice, les cours des produits, mais d'empêcher leur avilissement, en atténuant les ardeurs et les effets de la concurrence locale, le trust est licite, alors l'entente est valable².

Mais si, au contraire, les efforts des syndicats tendent à supprimer la concurrence avec, comme fin dernière, la pensée une fois maître des prix de les hausser sans mesure, de façon à réaliser, aux dépens du public, des bénéfices exorbitants, alors l'entente est illicite.

Il y a là une question à résoudre dans chaque espèce, d'après les circonstances, de la cause sans qu'on puisse, *a priori*, fixer avec précision les caractères extérieurs auxquels se reconnaîtront les syndicats de défense licites et les syndicats d'accaparement et de monopole illicites¹. Donc ici encore les méthodes adoptées afin de déterminer un critérium de la légalité sont dans les deux pays singulièrement analogues.

1. Grenoble, 1.5.1894, D. P. 1895.2.24.

2. Note Percerou, D. 1912.1.33.

Le boycottage

Le problème de la légalité des procédés déterminant la mise à l'index de tel ouvrier ou de telle profession, constitue un problème passionnément débattu en Angleterre, au cours des derniers trente ans.

Le boycottage est considéré, en Angleterre, comme rentrant dans la catégorie juridique des restrictions du commerce. Nous ne nous étonnerons pas de retrouver ici encore la règle de raison qui permettra de réconcilier les deux courants divisant la jurisprudence anglaise.

En effet, nous distinguons dans l'histoire du boycottage deux *leading cases*, l'un autorisant et l'autre condamnant toute tentative de mise à l'index.

L'affaire Allen contre Flood constitue le *leading case* dont se réclament tous les jugements inspirés par la nécessité sinon de favoriser, du moins de tolérer l'emprise syndicale. L'arrêt a été rendu par la Chambre des Lords le 14 décembre 1890 ; c'était à propos des faits suivants :

Des ouvriers métallurgistes, appartenant à une certaine *Trade Union*, qui interdisait à ses adhérents de se livrer à d'autres travaux que les travaux de fer, furent embauchés par une firme de constructeurs et de réparateurs de navires, avec deux autres ouvriers charpentiers, appartenant à un autre syndicat autorisant ses membres à s'occuper aussi bien des travaux de fer que des travaux de bois.

Cette dérogation aux principes essentiels des *Trade*

1. Allen v. Flood, 1898, A. C. 1.

Union apparut intolérable aux métallurgistes ; ceux-ci, sous la menace de la grève, obtinrent le renvoi des ouvriers charpentiers. Une action intentée par ceux-ci contre le représentant de l'Union des métallurgistes échoua.

Mais Lord Mack, l'un des auteurs du jugement Nordenfeld, qui forme la pierre angulaire de la jurisprudence anglaise des *restraints of trade*, laissa prévoir une évolution possible de la jurisprudence dans les termes suivants : « Pour prévenir, dit-il, une fausse interprétation possible du langage dont je me suis servi, « il me semblerait bon d'ajouter qu'à mon avis la décision dans ce cas n'a rien à faire avec l'hypothèse « où l'on rencontre l'élément d'intention oppressive. « Le vice de cette forme de terrorisme, qui est conformément connu sous le nom de boycottage, me paraît « dépendre de considérations qui sont dans le cas présentes totalement absentes. »

Il était permis de prévoir qu'un revirement de la jurisprudence était possible et elle se produisit en effet dans l'affaire Quinn contre Leatham¹.

En effet, quatre ans plus tard, le 5 août 1901, la Chambre des Lords se prononça dans un sens totalement différent. Le boucher Leatham employait plusieurs ouvriers non syndiqués. Le syndicat lui fit savoir qu'il exigeait le renvoi des garçons bouchers non syndiqués. Leatham ayant refusé d'obéir, le Syndicat, par des menaces de grève, obtint d'un client de Leatham, la cessation de toute relation commerciale avec ce dernier. Le juge prononça contre le Syndicat une condamnation de 200 livres de dommages-intérêts. Jugement confirmé par la Cour d'appel d'Irlande et ensuite par la Chambre des Lords.

Si nous résumons les arguments grâce auxquels Quenn contre Leathem a pu être distingué d'Allen contre Flood et si nous recherchons les raisons pour lesquelles le *restraint of trade* a été tout d'abord considéré comme licite alors qu'il était condamné quatre ans plus tard, voici ce que nous trouvons : autant que je puis en juger, déclare le juge, il n'y a, dans Queen contre Leathem, aucun conflit du travail, Leathem n'étant pas engagé dans un différend avec ses ouvriers et eux, d'autre part, n'avaient aucune querelle avec lui. Il était parfaitement disposé à voir ses ouvriers s'affilier à l'Union ; il offrait de payer leur amende et leur droit de cotisation. Il s'opposait seulement à ce que l'on infligeât des sanctions à ses ouvriers non affiliés. Il ne se présentait pas davantage de conflit du travail entre les ouvriers et les clients de Leathem, mais les défenseurs se coalisèrent pour faire du mal à ce client afin de le contraindre à faire à Leathem du mal.

La différence essentielle entre ces cas et la présente affaire peut être résumée de la manière suivante : Dans les premiers cas, malgré l'existence d'un dommage infligé intentionnellement au plaignant, nul droit n'avait été violé et aucun acte délictueux commis. En revanche, dans le cas présent, la contrainte exercée sur les clients et serviteurs du plaignant et à travers eux sur le plaignant constituait une violation de leur liberté, aussi bien que de la sienne, et portait préjudice à eux-mêmes et aux autres, ainsi que je me suis efforcé précédemment de le montrer.

Mais la véritable explication du jugement a été donnée par Lord Haldane :

« Un jugement doit être conçu comme applicable

« aux faits particuliers établis ou supposés tels, vu
« que la plupart des expressions qu'on sera appelé à
« y trouver ne sont pas destinées à constituer des dé-
« positions d'ensemble de la loi, mais, au contraire,
« sont gouvernées et requises par les faits particuliers
« qui les forment.

« L'autre observation, c'est qu'une décision ne fait
« autorité que parce qu'elle décide effectivement. Je
« ne saurais admettre qu'on puisse l'invoquer à l'oc-
« casion d'une proposition qui paraîtrait en découler
« logiquement, une telle façon de raisonner implique
« que la loi est toujours logique ; tout juriste doit re-
« connaître qu'elle est loin d'être toujours logique.

« Il n'y a pas de plus belle analyse ni de meilleure
« définition du standard. »

Si nous comparons ces solutions avec celles qui ont prévalu en France, nous serons frappés par la similitude des décisions rendues.

L'intervention des tiers, dans un conflit du travail, déclare M. Capitant, est licite. En effet, une grève est souvent une cause d'émotion et de trouble, dans la région, et il est naturel que ceux qui font profession de défendre les intérêts généraux et d'interpréter l'opinion publique prétendent jouer un rôle dans ces conflits ¹. Toutefois, ajoute la Cour de Cassation ², si toute personne a le droit d'intervenir dans une grève, elle ne peut le faire que dans les conditions permises aux parties intéressées elles-mêmes, c'est-à-dire en s'abstenant de violences et de voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses, interdites par l'article 414 du Code pénal.

1. Capitant, *Législation industrielle*, p. 47.

2. S. 98.1.17.

Ainsi l'intervention des tiers dans un conflit du travail est autorisé, si elle ne comporte pas un abus de droit. Cependant, il ne semble pas possible, actuellement, d'adopter un critérium grâce auquel on pourrait, avec quelque certitude, prévoir les cas où l'intervention du Syndicat serait licite et ceux où elle serait condamnée comme illégale². La méthode même adoptée par les tribunaux, et qui consiste à rechercher s'il y a abus de droit aboutit naturellement à des solutions d'espèce.

Rien ne pourrait mieux démontrer le caractère pragmatique de cette jurisprudence et à quel point son esprit pratique, libéré des formules et des règles, tient compte des situations de fait toujours dissemblables.

Ainsi dans les questions de boycottage, comme dans celles qui ont trait à la légalité des trusts ou aux restrictions à la liberté du commerce, la jurisprudence française a adopté, comme le juge anglais, un critérium qui se rapproche beaucoup du standard de rationalité, de cette règle de raison dont la jurisprudence anglaise se croit à tort seule détentrice.

1. Capitant, *Législation industrielle*, p. 47.

TROISIÈME PARTIE

LA MORALE

Le droit naturel.

CHAPITRE PREMIER

Les maximes d'équité.

L'histoire des systèmes juridiques nous montre, inlassablement, la répétition des mêmes phénomènes. Les débuts d'une civilisation sont caractérisés par la confusion absolue entre le droit et la religion. Dans un second stage, la loi est avant tout un système d'actions définissant, d'une manière très rigide et très détaillée, les cas précis où le juge interviendra. Le formalisme prédomine, et aucune relation n'existe entre le droit sanctionné par la loi et la morale proprement dite. Dans une troisième période, nous retrouvons une large pénétration d'idées purement morales dans la loi. A Rome, on assimila les principes de la philosophie grecque.

En Angleterre, au cours du développement de la Chancellerie et de l'équité, se firent jour les idées morales des théologiens du xvr^e siècle. Dans l'Europe continentale du xvii^e siècle, la philosophie, mise en circu-

lation par les tenants du droit naturel, fut assimilée de la même manière (*Pound Law and Morals*, p. 30).

C'est à cette dernière période qu'appartiennent les célèbres maximes d'équité.

Il existe ainsi en Angleterre une série de principes moraux remontant au XVIII^e siècle¹ qui sont à la base de toute la juridiction d'Équité. Ils présentent quelque analogie avec nos brocards, mais leur originalité est dans leur absence de caractère proprement juridique, leur véritable source étant morale et religieuse et ils expriment la philosophie juridique du XVIII^e siècle qui n'est autre que la philosophie du droit naturel. Par leur forme, ils sont pour la plupart formules d'une manière impérative, ils rappellent invinciblement les axiomes de la raison pratique du plus grand parmi les défenseurs du droit naturel. Par leur contenu à la fois moral et rationnel ils sembleraient pouvoir aisément trouver place dans l'œuvre de Grotius qui définissait ainsi le droit naturel : Le droit naturel est une règle qui nous est suggérée par la droite raison d'après laquelle nous jugeons nécessairement qu'une action est injuste ou morale, selon sa conformité avec la nature raisonnable et qu'ainsi Dieu qui est l'auteur de la nature défend l'une et commande l'autre. (*Droit de la Guerre et de la Paix*, liv. I, ch. I, § 10).

Il n'existe, comme on peut bien le penser, aucune liste précise des maximes d'équité. Voici toutefois les principales d'entre elles :

1^o L'équité ne tolère pas qu'il y ait un dommage sans action. Cette idée constitue le fondement de toute la juridiction d'équité.

1. Pound,, *On certain maxims of Equity Cambridge Legal Essays*, p. 259.

2° L'équité suit la loi.

Lorsqu'il existe une règle qui s'applique très exactement aux faits de la cause, l'équité n'interviendra pas ; elle accorde seulement son aide lorsque les litiges comprennent certains faits qui ne sont pas prévus par la règle de la *Common Law*.

3° Lorsque les droits d'équité sont égaux, c'est le droit légal qui devra s'appliquer.

4° Lorsque les droits d'équité sont égaux, le plus ancien droit doit prévaloir.

5° Celui qui recherche l'équité doit lui-même rendre l'équité.

6° Celui qui vient devant les tribunaux d'équité doit avoir les mains propres.

Nous étudierons plus loin une application de cette règle en matière de fausse déclaration faite de bonne foi.

7° Le temps prescrit les droits d'équité.

8° L'équité est l'égalité.

La doctrine de la mutualité, que nous étudions plus loin, constitue une application de ce principe.

9° L'équité prend en considération l'intention plutôt que la forme. Cette maxime, comme nous le verrons plus loin, constitue le fondement de toute la jurisprudence d'équité en matière de clause pénale.

10° L'Equité considère comme exécuté ce qui aurait dû l'être.

Une promesse de bail est considérée, devant la juridiction d'équité, comme un contrat de bail.

11° L'équité sous-entend une intention d'exécuter ses obligations.

Ainsi lorsqu'une personne est tenue d'exécuter une promesse, si elle accomplit quelque acte dont le sens

est douteux, cet acte sera considéré comme une exécution de l'obligation, car il est juste d'interpréter de la manière la plus favorable les actes de chacun.

12° L'équité agit sur la personne.

Cette maxime est de la plus haute importance au point de vue de la procédure d'équité. En effet, la Chancellerie, à ses débuts en tous cas, ne saisissait pas les biens du défendeur, mais rendait une ordonnance contre lui personnellement et, en cas d'inobservation de celle-ci, emprisonnait le délinquant.

13° L'équité ne permettra pas d'invoquer une loi dolosivement. Nous exposerons une application de cette maxime en matière de preuves. Nous allons étudier successivement quatre applications de ces maximes d'équité qui, nées d'une philosophie peut-être désuète, ont cependant marqué le droit anglais d'une empreinte ineffaçable.

L'équité prend en considération plutôt le fond que la forme.

La clause pénale.

La maxime selon laquelle l'équité considère plutôt l'intention que la forme constitue le principe fondamental de toute la jurisprudence relative aux clauses pénales ¹.

En effet, le point de vue de l'équité peut être défini de la manière suivante :

Lorsque la clause pénale est insérée dans un con-

1. Snell, *Principles of Equity*, p. 20.

trat, afin d'assurer l'exécution d'un acte ou la prestation d'un avantage, cette exécution et cette prestation sont considérées comme correspondant seules aux intentions des parties, la clause pénale ne constituant qu'un accessoire de l'accord véritable destiné à fournir un équivalent en cas de défaillance d'une des parties. Et l'équité, en vertu de la maxime : l'équité considère plutôt l'intention que la forme, s'est attachée à annuler les clauses pénales en les remplaçant par des condamnations équivalant aux dommages-intérêts réels.

En droit civil français, il est permis aux contractants de fixer, à l'avance, les sommes dues pour inexécution de l'obligation. Cette fixation remplit, en pratique, deux fonctions parfaitement distinctes : d'une part, elle liquide conventionnellement les dommages-intérêts, d'autre part, cette somme convenue, souvent très élevée, constitue, pour le débiteur, un épouvantail qui le contraindra à remplir ses obligations.

Ajoutons qu'en France, hors le cas d'exécution partielle, les tribunaux ne peuvent pas modifier le taux des dommages-intérêts fixés conventionnellement.

La *Common Law* anglaise appliquait autrefois ces principes ; mais nous ne nous étonnerons pas d'apprendre que la Cour de Chancellerie vint bientôt à l'aide du débiteur, en lui permettant de se libérer de la clause pénale moyennant la réparation des dommages survenus par sa faute au créancier. En effet, la Cour considérait la clause pénale comme simplement destinée à conférer une garantie au créancier, contre tout préjudice qui pouvait l'atteindre. Le *leading case* date de 1784¹. Mais les statuts (8 et 9 Will 3 c 11 et

1. *Sleman v. Walter* (1784) 1 Bro C. C. 418.

4, 5 Anne c 16) donnèrent bientôt aux tribunaux de droit commun des pouvoirs analogues, et leur permirent de modifier les clauses pénales, en accordant simplement les dommages-intérêts auxquels le demandeur pouvait avoir droit.

Il est évident que ce pouvoir étendu qui a été attribué aux tribunaux anglais n'a pas été sans donner lieu à des questions très difficiles.

Le débat a porté sur la distinction entre les cas où les parties se contentent d'évaluer au préalable le montant réel des dommages-intérêts et ceux où il apparaît qu'il y a véritablement clause pénale. D'une manière générale, lorsque les parties ont prévu une somme devant être payée par la partie qui se rendrait coupable d'une infraction au contrat, si cette somme représente simplement la perte que le créancier serait obligé de supporter, le tribunal n'interviendra pas. La revision du contrat ne pourra avoir lieu que si les dommages prévus apparaissent avoir simplement été imposés au débiteur *in terrorem*, suivant l'expression employée par les tribunaux anglais.

La question de savoir si la somme stipulée constitue une clause pénale est une question d'interprétation des intentions des parties, d'après les termes du contrat et les circonstances de fait qui l'accompagnent.

La jurisprudence anglaise a dégagé les distinctions suivantes : 1° Si l'objet du contrat possède une valeur facile à préciser, il y aura présomption que la somme convenue constitue une *penalty*, car, dans ce cas, il est inutile de fixer à l'avance des dommages faciles à évaluer¹ ; 2° Si, au contraire, il est impossible de déter-

1. Astley v. Weldon, 1801, 2 B et P. 346.

miner exactement la perte qui pourrait résulter de l'inexécution du contrat, il y a présomption que la somme convenue représente, non pas une liquidation anticipée de dommages-intérêts², mais une clause pénale imposée *in terrorem*. Voici un exemple : Le gouvernement espagnol avait commandé quatre torpilleurs garde-côtes à une firme anglaise devant être fournis à une date déterminée, et le contrat prévoyait une somme de 500 livres pour chaque semaine de retard. Le juge fit observer que si les dommages n'avaient pas été prévus par le contrat, les tribunaux auraient dû, afin d'arriver à un jugement équitable, prendre en considération toute l'administration de la marine et de la douane espagnole, et que la liquidation anticipée des dommages-intérêts était donc parfaitement justifiée.

Au contraire, si un contrat contient plusieurs clauses d'importance différente, et dont l'infraction est punie uniformément par la même somme, il y a présomption que cette somme est une clause pénale sujette à modification¹.

Nous venons d'exposer ici une des constructions juridiques qui passe pour dériver de la maxime d'équité : l'équité prend en considération l'intention plutôt que la forme. Nous allons tenter maintenant d'analyser la doctrine si curieuse de la mutualité qui, elle aussi, constitue une application d'une maxime d'équité, la plus belle de toutes peut-être : *Aquitas est aequalitas*.

1. Dunlop v. New Garap C , 1915 A. C. 79.

2. Kemble v. Farren, 1829, 6 Bing, 147.

L'Équité est l'égalité

Les manques de réciprocité et la doctrine de la mutualité

En France, d'une manière générale, en vertu de l'article 1142 C. civ. toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Mais les tribunaux peuvent employer, pour vaincre la résistance du débiteur, le procédé suivant : Ils lui ordonnent d'exécuter son obligation dans un délai déterminé et le condamnent à payer une certaine somme par jour de retard.

Ce procédé, qui porte le nom d'astreinte, constitue en droit français une anomalie et une exception à la règle *nemo potest cogi ad factum*.

La jurisprudence belge, plus fidèle à l'esprit du droit romain, a refusé d'adopter ce procédé de technique juridique.

L'équité anglaise connaît depuis fort longtemps un procédé de contrainte, infiniment plus usité que les astreintes, et qui porte le nom de *specific performance*. La *specific performance*, c'est l'exécution d'un contrat selon ses clauses et ses termes ; elle forme un contraste avec les dommages ou la compensation pour inexécution d'un contrat ; cette exécution est mise en œuvre par les tribunaux de ce pays, qui ordonnent à la partie en défaut de fournir sa prestation et traite la désobéissance comme une infraction, avec toutes les conséquences qu'elle comporte, y compris l'emprisonnement (Fry¹).

1. Fry, *On specific performance*, p. 2.

Cette doctrine de la *specific performance* paraît être, au premier abord, particulièrement rigide et sévère. Cependant, en fait, elle est rendue plus souple et plus équitable par la théorie du manque de mutua-lité qui découle de la maxime : *Equity is equality*.

Pour une Cour d'équité, il est injuste d'accorder une action de *specific performance* au plaignant, lors-que le défendeur, par une demande reconventionnelle, ne pourra pas obtenir un résultat analogue, car l'équité, c'est l'égalité. Comme le dit Ames, « l'Équité « ne contraindra pas un défendeur à exécuter si, en- « suite, la seule garantie dont il disposerait serait une « action en dommages-intérêts contre le plaignant ».

Les principales applications de ce principe ont été faites dans les espèces suivantes : d'une part, les Cours d'équité refusent, d'une manière générale, d'ordonner l'exécution spécifique d'un contrat lorsque l'une des parties s'est engagée à fournir des services d'ordre privé (*personnal services*) ou bien lorsque l'obligation du défendeur implique tout une longue série d'actes, comme la construction d'un chemin de fer.

Ainsi dans *Chadwick v. Chadwick*¹, mère avait convenu avec son fils de lui transférer une pièce de terrain, le fils promettant, en revanche, de la loger et de l'entretenir dans sa maison. Une action du fils, en vue d'une exécution spécifique, fut rejetée, les con-trats pour services personnels ne pouvant faire l'objet d'une obligation équitable analogue. En effet, le fil ne peut être obligé de loger et d'entretenir sa mère. Il y a là une impossibilité matérielle devant laquelle la Justice reste impuissante. Par conséquent, pour sauve-

1. *Chadwick v. Chadwick* 29 L. T. 284.

garder l'égalité, la mère ne peut être contrainte de transférer le terrain promis.

Un autre exemple, quelque peu paradoxal, au premier abord, est celui d'une partie n'ayant pas signé un contrat qui demande l'exécution de celui-ci à l'autre partie, laquelle a effectivement apposé sa signature. La décision du tribunal s'inspirant de la théorie de la mutualité écarte la demande de *specific performance*. En effet, le plaignant, c'est-à-dire la partie qui, n'ayant pas signé, demande toutefois que l'autre partie exécute son obligation, ne recevra satisfaction que si elle exécute sa propre prestation. « Celui qui peut opposer une exception ne sera pas contraint à l'exécuter », dit Ames². Il aura toutefois le droit d'exiger son dû si, de son côté, il fournit la prestation promise.

Le principe d'égalité sera ainsi sauvegardé. Du reste, autrefois, ce n'étaient pas seulement les moyens de contrainte qui furent refusés au plaignant, lorsqu'il y avait manque de mutualité. Dans ce cas, les tribunaux anglais allaient jusqu'à nier la validité du contrat et à l'annuler.

Ainsi, pendant très longtemps, un contrat contenant une condition potestative ne fut pas sanctionnée par les tribunaux anglais et américains. C'est, en particulier, dans des affaires d'offres unilatérales, que la question a été discutée avec le plus d'âpreté. Jusqu'au début du XIX^e siècle, l'acheteur ne pouvait pas arriver à contraindre le vendeur à exécuter son offre, les tribunaux estimant qu'il y avait manque de mutualité, puisque l'une des parties était tenue d'exécuter, pendant un certain temps, le contrat que l'autre partie pouvait refuser à son gré.

1. Ames, *Lectures*, p. 374.

En 1884, aux Etats-Unis, où ces solutions se sont maintenues, avec plus de vigueur qu'en Angleterre, dans le Michigan, une solution inspirée d'un principe analogue fut donnée dans une affaire curieuse.

Les défenseurs avaient promis de louer des terrains aux demandeurs, à la condition que ceux-ci fissent des prospections minières. Les demandeurs avaient le droit de résilier le bail après un préavis de 30 jours.

En raison de cette dernière clause, qui n'était pas réciproque, le tribunal refusa l'action en exécution spécifique.

Dans *Lawrenson v. Butler*¹, Lord Redeslale explique le point de vue des tribunaux d'équité de la manière suivante : « Si la convention était désavantageuse pour le défendant, il serait obligé d'exécuter alors que si elle était avantageuse, il ne pourrait pas contraindre à exécuter » (Cité dans *American Law Register*, University of Pennsylvania, août 1908).

Une autre maxime d'équité dont l'influence a été considérable est celle qui ordonne que nul doit venir devant l'équité s'il n'a pas les mains propres.

*Celui qui vient devant les tribunaux d'équité
doit avoir les mains propres*

Nous voudrions montrer par un dernier exemple jusqu'à quels raffinements juridiques peut mener la prudence morale du juge anglais, inspiré par les maximes d'équité qui sont l'émanation même du puritanisme britannique.

1. *Lawrenson v. Butler*.

Comme nous le verrons le droit anglais ne permet à personne, en matière de dol, de tirer parti du vice de la volonté de son contractant, et au fond il apparaît assez normal qu'une partie ne peut pas forcer l'autre à exécuter, lorsqu'elle a abusé de son influence pour lui imposer un marché injuste, ou bien, connaissant l'erreur de son contractant, quand elle s'est refusée à le détromper ou encore lorsque le demandeur avait conclu avec un fou ou un homme ivre, dont il connaissait pertinemment l'incapacité mentale.

Mais la jurisprudence anglaise ne s'est pas arrêtée en si bon chemin et nous allons voir comment l'équité ne permet pas de faire exécuter l'accord à celui qui a émis une déclaration fausse, même si elle a été faite de bonne foi, et même si sa portée était très réduite, car celui qui vient devant l'équité doit avoir les mains propres. Une fausse déclaration, faite honnêtement, ne pouvait pas donner lieu devant les Cours de la *Common Law* à la rescision de l'accord, à moins que la différence entre ce qui avait été promis et ce qui avait été fourni aboutisse à une véritable défaillance des conditions et des garanties prévues par le contrat¹.

Telle était la loi, devant les tribunaux ordinaires. Mais les tribunaux d'équité reconnaissaient la possibilité d'annuler un contrat, lorsqu'une des parties avait été trompée par une déclaration fausse, émanant de l'autre contractant même si celui-ci était de bonne foi.

Dans *Redgrave v. Hurd*², le *Master of the Rolls* analysa de la manière suivante les principes moraux qui

1. Behn v. Burness, 1863, 3 B et S. 751.

2. Redgrave v. Hurd, 1881, 20 Ch. D. 1.

ont déterminé les tribunaux d'équité à adopter cette jurisprudence : « D'une part, un homme ne doit pas pouvoir retirer un bénéfice d'une déclaration qu'il admet maintenant être fausse ; il ne doit pas être admis devant le juge à dire que lorsqu'il a fait cette déclaration, il ignorait sa fausseté ; il aurait dû la découvrir avant de parler. D'autre part, même en admettant qu'un dol, au sens moral du mot, doive être prouvé, pour annuler un contrat, c'en est un, pour un homme ayant obtenu un avantage d'un contrat, grâce à une déclaration qu'il sait être fausse, d'insister afin de faire exécuter l'accord. »

Il est difficile d'imaginer une plus belle application de la maxime : Que nul ne vienne devant l'équité, s'il n'a pas les mains propres.

*La doctrine de la part performance et la maxime :
« l'équité ne permettra pas d'invoquer une loi dolo-*
sivement ».

La loi, connue en Angleterre sous le nom de *Statute of Frauds*, constitue le texte fondamental qui régit le système de preuves du contrat anglais. Le *Statute of Frauds*, afin de prévenir les multiples pratiques frauduleuses tendant au parjure et à la corruption des témoins, exige que les divers contrats cités dans la loi soient rédigés par écrit, et que cet écrit soit signé par la partie débitrice ou par son mandataire. Ainsi tous les contrats qui ne remplissent pas les conditions précitées sont nuls ; mais leur nullité est simplement *ad probationem*, et non pas *ad substantiam*. Cette distinction prend toute son importance en droit international. En effet, un contrat oral conclu à l'étranger conformé-

ment à la *lex loci actus* produira ses effets en Angleterre, car l'obligation d'un écrit n'affecte pas le fond du contrat, mais constitue simplement un moyen de preuve déterminé par le lieu de la conclusion de l'accord (Leroux v. Brown, 1892, 12 CB, 801). Toutefois, il peut se présenter un cas où l'exigence d'un écrit est laissée de côté même si l'accord a été passé en Angleterre.

En effet, il ne serait pas équitable, déclare le juge anglais, d'autoriser une partie qui a déjà obtenu partiellement satisfaction, de se soustraire à ses obligations, sous prétexte que les conditions de preuve n'ont pas été remplies, et qu'il n'y a pas eu d'écrit. C'est pourquoi lorsqu'une des parties a sur la foi d'un contrat oral fourni une prestation partielle, s'attendant à ce que l'autre partie se conforme elle aussi à ses obligations, le tribunal repoussera l'exception d'absence de preuve opposée par la partie défenderesse et rendra contre elle un décret de *specific performance*. Cette théorie est connue sous le nom de *part performance*, d'exécution partielle. Elle est fondée sur la maxime : « L'équité ne permettra pas d'invoquer une loi dolosivement. »

Bien entendu, cette doctrine est appliquée restrictivement. Il faut tout d'abord que l'exécution partielle de l'obligation se rattache indiscutablement au contrat oral, et qu'aucune autre interprétation de l'acte ne soit possible. Ainsi il a été jugé par la Chambre des Lords qu'un contrat oral entre le *de cujus* et une femme en vertu duquel le *de cujus* contractant l'obligation de lui laisser une pièce de terrain si elle lui servait de domestique à titre gratuit pendant sa vie n'était pas exécuté partiellement par la femme.

laquelle avait servi sans jamais recevoir de gages (Maddison v. Alderman, 1883, 8 App. Cos. 467). En effet, le travail fourni par la femme pouvait s'expliquer autrement qu'en le rattachant à une promesse de legs.

De même le paiement d'une somme pour l'achat d'une terre ne constitue pas une exécution partielle, car un paiement constitue toujours un acte équivoque en lui-même (Hughes v. Morris, 1752, 2 de CM et C, 349). Enfin le versement à l'avance d'une partie du loyer sans que le locataire ait pris possession est également insuffisant; ici encore les intentions des parties étaient à première vue ambiguës (Chapronière v. Lambert, 1917, 2 Ch. 356). Au contraire le défendeur ayant conclu avec le demandeur une promesse d'acheter un terrain et une maison que le dit demandeur devait faire bâtir, il fut jugé que la construction de la maison ne pouvait pas laisser d'équivoque. (Bagnelle, 1765, 1 Bro. P. C. 345).

La deuxième condition requise pour l'application de la doctrine de la *part performance* est la suivante : il faut que l'exécution partielle provienne du demandeur en non pas du défendeur (Caton v. Caton, 1865, L. R. 1. Ch. App. 137). Il y a là un procédé technique de la preuve exactement contraire à celui que nous connaissons sous le nom de commencement de preuve par écrit, et qui constitue en France la contre-partie de la doctrine de la *part performance* anglaise. En effet, en vertu de l'article 1341 du Code civil, il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 fr. Toutefois ce texte est complété par l'article 1347 qui déclare : « Les règles ci-dessus reçoivent exception

lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. » Le commencement de preuve par écrit consiste précisément selon la définition du Code civil en un acte écrit qui émane de celui contre lequel la demande est formée. Cette contradiction entre les deux systèmes de preuve est intéressante, car elle est bien caractéristique de l'esprit qui inspire les deux systèmes juridiques.

En France, on écarte la nécessité d'un écrit, lorsqu'il apparaît rationnel, probable, logique, qu'il y a eu convention. Or une preuve émanant de celui contre lequel la demande est formulée est seule concluante ; il serait ridicule que la preuve émanât du demandeur. En un mot, comme le déclare l'article 1347 lui-même, il faut que l'acte par écrit rende vraisemblable le fait allégué.

Les Anglais raisonnent tout autrement, ou plutôt ils ne raisonnent pas du tout. Ils sentent qu'il serait immoral qu'une partie ayant fourni une prestation partielle, l'autre contractant puisse exciper de l'absence d'écrit. Comme le dit un arrêt (Bond v. Hopkins, 1802, 1 Sch et Lef. 413), le tribunal a la coutume de ne pas maintenir les exigences de preuve lorsque le demandeur s'est mis dans une situation telle qu'il serait contre la conscience pour le défendeur d'opposer l'absence d'écrit. En effet, déclare un autre juge en faisant allusion à la maxime que nous sommes en train d'analyser, le *Statute of Frauds* (loi exigeant un écrit) ayant été passé précisément afin de combattre la fraude, ne peut être utilisé comme moyen de fraude (Lincoln v. Wright, 1859, 4 de G. et J. 16).

Le droit positif.

CHAPITRE II

Le Dol (Fraude)

I. LE DOL, VICE DU CONSENTEMENT.

Il est véritablement dommage que Duguit n'ait pas connu, ou du moins n'ait pas fait état dans ses travaux, du système juridique anglo-saxon. En effet, il eût pu y découvrir d'innombrables confirmations de ses théories. Ainsi ce droit individualiste et dur ignore la nullité des contrats pour incapacité et pour erreur. Il ne connaît que la nullité pour dol, pour infraction au devoir d'être honnête. Par contre, dans son souci de respecter les règles de droit qui constituent les fondements de la société, il punira sans pitié la réticence et l'exagération, qui constituent un *breach of duty*, un manquement impardonnable au devoir d'honnêteté qui incombe à tous.

Mais le devoir d'observer les règles courantes de la morale n'est pas le seul qui soit exigé par le droit anglais. A tout moment, dans toutes les situations de la vie, le hasard peut vous mettre à même d'exercer sur autrui, par suite de relations commerciales ou personnelles, une certaine influence. Il ne faudra pas que nous en mésusions dans des buts coupables, et toutes les fois que le juge anglais se trouve en présence d'une

opération juridique conclue entre personnes unies par des relations fiduciaires, il examinera avec une sévérité toute particulière la validité du contrat qui lui est soumis. Enfin, l'importance donnée par le système juridique anglais au *breach of duty of care*, au manquement au devoir de veiller, souligne l'importance prise en Angleterre par la règle du droit, dite objective.

En Angleterre, le seul vice susceptible d'entacher de nullité un contrat est la fraude. Ce concept est susceptible d'une extension illimitée, car le dol existe toutes les fois qu'il y a manquement au devoir d'être honnête.

« La fraude, devant un tribunal, peut être considérée comme comprenant, en vérité, tous les actes, toutes les omissions et toutes les dissimulations qui impliquent un manquement à un devoir légal ou équitable (*trust or confidence justly reposed*) et qui aboutissent, soit à causer un dommage, soit à retirer d'une tierce personne un avantage moral. C'est en partant du principe du *breach of duty*, du manquement au devoir, que la jurisprudence anglaise annule, lorsque certaines conditions sont remplies, des accords lésionnaires par une des parties, ou conclus par un incapable, ou viciés par l'erreur des contractants.

a) *La lésion.*

Les Romains ne connaissaient pas la nullité pour lésion. Leur droit, à la fois formaliste et individualiste, devait tout naturellement s'efforcer de protéger la liberté des transactions et la maxime *caveat emptor* caractérise à merveille leur attitude primitive. Pourtant, à un certain moment, les édiles curules, chargés

de surveiller les ventes d'esclaves, cherchèrent à organiser la protection de l'acheteur.

Plus tard, le droit civil étendit les règles des édiles à tous les marchés. Ihering faisait remarquer qu'une idée abstraite se réalisait ordinairement à un seul point qu'il nommait le point d'irruption historique, avant de prendre toute l'extension que l'avenir lui réservait. De même que la jurisprudence sur la garantie des vices rédhibitoires, loin de découler des théories juridiques abstraites, a été créée à Rome par les édiles chargés de la surveillance des marchés, de même en droit anglais le principe de la lésion n'a pas été créé par les jurisconsultes, mais a été adopté afin de prévenir les agissements d'usuriers qui profitaient de la légèreté des fils de famille.

En effet, il était établi, depuis bien longtemps, que des affaires de mauvaise foi contractées avec des héritiers, lorsque ceux-ci en détresse cédaient leurs droits sur leurs héritages futurs à des taux dérisoires, pouvaient être annulées pour *unconscionable*, c'est-à-dire contre la conscience ¹.

L'affaire était considérée comme offensant la conscience :

1° Lorsque la pauvreté ou l'ignorance de l'emprunteur pouvait faire présumer que l'affaire avait été déloyale ;

2° Lorsque les clauses étaient à première vue tellement dures qu'un homme pourvu de sens commun n'y aurait pas souscrit ;

3° Quand il y avait une très grande différence entre la somme d'argent reçue et celle qui était due.

1. Chitty, p. 552.

Lorsqu'une ou plusieurs de ces conditions sont réalisées, le prêt est présumé usuraire et la charge de la preuve est rejetée sur le prêteur.

Ainsi, dans l'affaire *Earl of Aylesford*, le plaignant, âgé de 22 ans, héritier présomptif d'une grosse fortune, souscrivait des billets au taux de 60 %. Le tribunal déclara irrecevable l'action intentée par l'usurier en paiement des billets et jugea que l'argent emprunté devait être remboursé au taux de 5 %.

Une loi fut passée en 1900 pour protéger non seulement les héritiers présomptifs spéculant sur leurs biens à venir, mais encore tous ceux qui ont recours au prêteur d'argent.

Le *Money lenders Act* de 1900 permet en effet aux tribunaux de revoir toute affaire relative à un prêt d'argent, si l'intéressé demandait pour l'argent prêté un prix excessif, ou si les sommes comptées pour les dépenses, enquêtes, amendes, primes, etc., ou toute autre charge, sont exagérées, ou si, dans les deux cas, l'opération est injuste et contre la conscience, ou si elle est telle qu'une cour d'équité serait susceptible d'intervenir.

Cette théorie, édifiée à l'occasion des pactes sur successions futures, a été appliquée à tous les cas où l'un des contractants est susceptible de faire pression d'une manière déloyale sur l'autre. En particulier, les tribunaux anglais ont révisé les contrats lorsqu'il a été prouvé que l'une des parties a abusé de sa situation pour imposer à l'autre des conditions injustes. La lésion par elle-même ne peut aboutir en tant que vice de la volonté à faire prononcer la nullité du contrat ; il faut qu'à la lésion vienne s'ajouter la disparité des parties impliquant un abus de la confiance que l'une des parties avait le droit de placer dans l'autre.

Donc, pour qu'il puisse y avoir rescission ou révision du contrat, il faut, d'une part, un déséquilibre entre les situations respectives des contractants et, d'autre part, un contrat injuste.

Examinons, tout d'abord, les premières conditions particulièrement caractéristiques des tendances morales prédominantes dans la théorie anglaise de la lésion.

La jurisprudence anglaise considère qu'il y a déséquilibre lorsqu'une des parties est illettrée, jeune ou d'une intelligence vraiment déficiente.

Voici quelques exemples de la jurisprudence anglaise en cette matière :

1° Un achat conclu avec un vieillard pauvre et illettré qui, au moment de la conclusion du contrat, était malade, a été annulé, le vendeur n'ayant pas reçu de conseil, l'opération ayant été faite en grande hâte et les clauses étant injustement désavantageuses pour le vendeur ¹.

2° Le tribunal étant de l'opinion que A..., un homme imprudent et imprévoyant incapable d'apprécier ses droits, a été grossièrement trompé par B..., son beau-frère, et que, à la connaissance de B..., A... n'avait demandé conseil à personne, a annulé la transaction ².

3° Un transfert de propriété, opéré par un homme faible, a été annulé ³.

Nous voyons ici combien libérale se montre la jurisprudence anglaise, dont la réputation de sévérité est parfaitement imméritée. Et si nous examinons les causes véritables de cette attitude, nous les trouverons une

1. *Clark v. Malpas* (31 Beav. 80).

2. *Slator v. Nolan* (Or. R. 11 Eq. 367).

3. *Clarksen v. Hanwey* (2 P Wms 203).

fois de plus dans le souci constant des juges anglais de se conformer strictement aux principes moraux.

Lord Somers nous précise, d'une manière lumineuse, le point de vue du juge anglais, en définissant juridiquement cette surprise qui permet d'obtenir l'annulation d'un contrat : « Maintenant, quant à ce mot : *surprise*, il est un mot d'une signification si large, si incertaine, qu'il est impossible de la fixer : un homme est surpris dans tout acte rapide et imprévu, et partout où il n'use pas de son jugement avec autant de prévoyance qu'il devrait. Mais je suppose que ceux qui emploient ce mot pensent à cette surprise qui est accompagnée de délits et de manœuvres (*circumvention*). »

« Une telle surprise peut, en effet, être un bon moyen pour annuler en équité un contrat, et il en a été ainsi de tout temps ; mais tout autre genre de surprise ne l'a jamais été et, j'espère, ne le sera jamais, parce que cela introduirait une forte incertitude dans les arrêts et jugements des tribunaux, et ferait plus de mal que de bien » (Pollock, p. 685).

Il est impossible de déclarer, en termes plus clairs, que la lésion, en elle-même, n'intéresse guère les tribunaux anglais, et que c'est le seul souci de prévenir la *circumvention*, c'est-à-dire la manœuvre frauduleuse, qui les pousse à intervenir. Autrement dit, la lésion ne sera prise en considération par les tribunaux que s'il y a eu *breach of duty*, c'est-à-dire infraction au devoir d'honnêteté.

Nous avons fait remarquer plus haut qu'il fallait deux conditions pour obtenir la revision du contrat.

La première était le déséquilibre dans la situation respective des contractants, et la seconde le déséqui-

libre entre les obligations devant être fournies par les deux parties.

De même que, dans les contrats de prêts, il y a un certain nombre de présomptions permettant de penser que le contrat est usuraire, de même, dans les autres opérations juridiques, en particulier dans les ventes, certains faits font présumer que l'affaire est injuste, qu'il y a eu un *fair dealing*, transaction déloyale.

Naturellement, un des éléments du contrat qui sera examiné avec le plus d'attention sera la *considération*.

Le seul fait que la *considération* est insuffisante ne permet pas d'annuler un contrat, car chaque partie est laissée libre de contracter pour ce dont elle se contente en échange de sa promesse (Salmond, p. 82).

Cependant, l'insuffisance de la *considération* pourra servir de preuve que les clauses du contrat sont injustes et qu'il y a déséquilibre entre les obligations devant être fournies par les contractants ; si, à cette présomption de *breach of duty*, s'ajoute un déséquilibre entre la situation des parties, tel que l'un des contractants est en mesure d'abuser de l'autre, le contrat pourra être révisé.

D'une manière générale, fidèles à leur méthode, les tribunaux anglais refusent de définir le degré de déséquilibre ou de lésion à partir duquel ils interviendront.

On s'accorde à dire que la lésion doit être déraisonnable ¹ ; qu'elle doit être une preuve de dol ², ou qu'elle doit choquer la conscience ³.

En somme, nous retrouvons toujours la volonté de

1. *Watson v. Marston*, 4 De 8 M et G. 230.

2. *Coles v. Trecothick*, 9 Ves. 248.

3. *Abbott v. Swower*, 22 L. G. Ct. 235.

respecter tout contrat non suspect de fraude et de réprimer impitoyablement toute atteinte à la règle morale.

b) *L'erreur.*

Nous voyons prévaloir, dans les questions de nullité de contrat pour erreur, des principes analogues. L'erreur, en tant que vice de la volonté, ne constitue pas un moyen de nullité. La résiliation du contrat ne peut être prononcée que si l'une des parties connaissait l'erreur de l'autre et en a profité d'une manière malhonnête. Nous retrouvons donc toujours cet individualisme caractéristique du contrat anglais, que le juge consent seulement à assouplir lorsque les principes moraux sont mis en cause.

Les solutions, dans les divers systèmes juridiques, ne peuvent différer que très légèrement, en cas d'erreur, *in contractu in persona* ou *in corpore rei*. Au contraire, nous allons retrouver dans la manière de traiter le problème de l'erreur sur la substance les méthodes très caractéristiques de l'esprit qui inspire respectivement le droit français et le droit anglais. Une thèse, très justement remarquée ¹, nous a exposé l'évolution des théories françaises sur l'erreur au cours du XVIII^e siècle. Partie de la conception purement objective de substance, telle que l'exposait Marcadet, la doctrine française a, finalement, abouti à la formule de M. Planiol. On considère comme substantielle la qualité que la partie a eu principalement en vue lorsqu'elle a donné son consentement et celle sans laquelle elle n'aurait pas contracté. Quant à la jurisprudence, elle a

1. Cilice *L'erreur*,

également suivi la tendance qui pousse depuis un siècle le droit français vers le subjectivisme.

La Chambre civile de la Cour de cassation déclare, en effet, que l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, une des parties n'aurait pas contracté¹. Le point de vue subjectif est donc désormais admis et consacré.

Le droit anglais part d'un principe entièrement différent. Il ne s'agit nullement de savoir si l'erreur a été déterminante ou non. Le juge anglais recherche simplement si l'une des parties a essayé de tromper l'autre, c'est-à-dire s'il y a eu manquement au devoir d'honnêteté ; au fond, il n'y a pas, en droit anglais, de vice du consentement pour erreur sur la substance. Il y a seulement, comme nous l'avions dit plus haut, une nullité pour *breach of duty*.

Il importe donc peu qu'il y ait eu erreur sur la chose elle-même, même connue de l'autre partie, car un marchand n'est pas coupable s'il ne prévient pas l'acheteur de son erreur sur la qualité de la chose vendue... Il faut, au contraire, qu'un vendeur respectueux de la morale avise un acheteur lorsqu'il sait, pertinemment, que ce dernier s'est trompé sur la portée ou le contenu d'une promesse que lui, vendeur, lui avait faite.

Prenons quelques exemples :

A... vend de l'avoine fraîche à B... Le juge ne recherchera pas l'importance que peut présenter pour lui, B..., le fait que l'avoine est fraîche ou non. La recherche de l'intention n'a guère cours en droit anglais.

1. S. 1913.1.487. Cours de M. Levy-Ullmann, 1927-28.

Pour que le contrat soit annulé, « il ne suffit pas, dit le jugement, que le vendeur ait su que l'acheteur croyait acheter de la vieille avoine, il faut encore qu'il ait su que l'acheteur croyait que lui, le vendeur, s'engageait à vendre de la vieille avoine ¹. »

Voici une autre affaire. Les plaignants avaient offert aux défendeurs de leur vendre du charbon. Ceux-ci téléphonent à leur directeur pour savoir à quel prix l'affaire doit être conclue. Une grossière erreur de télégramme les incite à prendre le charbon pour un prix trop élevé. Les défendeurs essaient d'obtenir la nullité du contrat. La nullité ne fut pas prononcée. Le juge Lindley déclara expressément : « Afin d'annuler un contrat pour erreur, il ne suffit pas pour une des parties de dire : j'ai pensé ceci et cela, et s'il n'en avait pas été ainsi, je n'aurais pas accordé mon consentement ². »

Une affaire américaine est encore plus significative ¹. Un individu se rend chez un joaillier et lui demande ce que vaut une pierre. Le joaillier, ignorant la véritable valeur de la pierre, offre 100 dollars. L'affaire est conclue ; mais on découvre qu'en réalité, la pierre vaut 750 dollars, et le demandeur demande la nullité du contrat.

Il a été jugé que le prix de la pierre, celle-ci ayant été vendue telle qu'elle, et les deux parties ignorant sa véritable valeur, n'était pas une qualité substantielle du contrat.

Par contre, dans une autre espèce, le défendeur

1. Smith v. Hughes, 1871, L. R. 6 Q. B. 597.

2. Pope and Pears on v. Buenos-Ayres, New Gas C T L. R. vol. 8, p. 158.

3. Wood v. Boynton, 1885, 64 Wis. 265.

4. Edgard v. Hector. 1912. Sc 348-Ct oy Sess.

avait acheté chez le plaignant, marchand d'antiquités, des chaises au sujet desquelles le marchand avait fait les déclarations suivantes : « On ne peut pas obtenir aujourd'hui de meubles de ce genre, et ces chaises sont trop belles pour être utilisées et devraient être placées dans un musée. »

En réalité, les chaises étaient des imitations modernes, mais, malgré tout, valaient le prix déboursé par l'acheteur. L'acheteur avait donc été infiniment moins lésé, et l'erreur moins flagrante que dans l'affaire citée précédemment et, cependant, la nullité fut prononcée, car l'acheteur avait été influencé par les fausses déclarations du marchand qui s'était rendu coupable d'un manquement au devoir, d'un *breach of duty*.

Ainsi donc, là où, une fois de plus, le droit français recherche l'intention des parties et édifie un système consensualiste, le droit anglais recherche s'il y a eu dol et si le contrat est valable devant le tribunal de la conscience.

c) *Les incapables, aliénés, ivrognes.*

La capacité ou plutôt l'incapacité des incapables a passé, en Angleterre, par plusieurs stades. Tout d'abord, les solutions inspirées par le droit romain et imposées par l'autorité de Bracton furent adoptées au XIII^e siècle. Le principe essentiel de cette jurisprudence portait de l'idée que l'aliéné ne peut pas conclure un accord ou faire des opérations légales, puisqu'il ne sait pas ce qu'il fait (Salmond, p. 493). Plus tard, et c'est la solution adoptée par Littleton, il fut jugé qu'un

homme ne peut pas obtenir lui-même l'annulation d'un contrat sous prétexte qu'au moment de sa conclusion il ne savait pas ce qu'il faisait, mais on pensait que si l'intéressé lui-même n'était pas suceptible d'annuler l'accord, du moins était-il au pouvoir du roi de le faire.

Enfin, en 1848, le *leading case*, qui fait encore autorité aujourd'hui, fixa la jurisprudence d'une manière définitive.

Voici les faits : Des exécuteurs testamentaires intentaient une action pour répéter de l'argent payé sous la forme de deux annuités d'une assurance sur la vie. Le *de cujus*, au moment du paiement, était aliéné, mais il fut démontré que la folie de celui-ci était incon nue à la société. Il fut jugé que l'argent ne pouvait pas être répété ¹.

Il est donc nécessaire, aujourd'hui, pour obtenir l'annulation d'un contrat conclu par un incapable, qu'une des parties connaisse l'état d'incapacité dans laquelle se trouvait l'autre. Le contrat ne se trouve donc pas annulé en raison d'un vice de la volonté d'une des parties, mais simplement à cause du manquement au devoir de ne pas tirer parti de la débilité mentale du cocontractant dont s'est rendue coupable l'une des parties vis-à-vis de l'autre. Et, conséquence parfaitement logique de ce principe, il n'est même pas nécessaire que l'incapable soit, en fait, un aliéné, il suffit qu'il ne soit pas *mentis compos*, qu'il soit, par exemple, en état d'ébriété, pour que le contrat soit dissous, à condition toutefois bien entendu que l'autre partie ait eu connaissance de cette défaillance.

1. Monlton v. Camraux, 2 Ex. 847.

Ainsi, un contrat conclu par une personne qui, à la connaissance de l'autre, est ivre au point de ne plus savoir ce qu'elle fait est annulable² et la jurisprudence anglaise va jusqu'à distinguer la simple excitation de l'ivresse afin de ne retenir que cette dernière comme moyen d'annulation³.

Notons que le contrat conclu par une partie en état d'ivresse peut être ratifié par la suite, la nullité de l'accord est donc toute relative. La manière dont la jurisprudence anglaise a traité les contrats conclus par un incapable est entièrement conforme aux principes généraux du droit contractuel anglais. La capacité de la partie lésée n'est guère prise en considération. Seul le *breach duty* commis par l'autre contractant est susceptible de constituer une cause de nullité.

II. LE DOL EN AFFAIRES (RÉTICENCE ET EXAGÉRATION).

Nous ne nous étonnerons pas de trouver une impitoyable sévérité chez le juge anglais quand il y a eu infraction aux devoirs dictés par la morale des affaires, si nécessaire à la prospérité d'un grand peuple. La réticence, d'une part, l'exagération, de l'autre, constituent des questions particulièrement intéressantes à étudier parce que les décisions anglaises sont en conflit avec les solutions adoptées en France.

D'une manière générale, la réticence n'est pas prise en considération en droit français, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles. Par exemple¹, c'est

1. *Bawlf Grain C. v. Ross*, 1917³ W. W. R. 373.

2. *Vivian v. Schie*, 1883 1 M. L. R. 125.

3. *Tag Eldine, Le dol*, p. 65.

un dol, de la part d'une personne qui entend faire, par un tiers, une déclaration inexacte sur la succession de son frère, de garder le silence, alors même qu'elle avait connu la situation obérée de celui-ci, et les opérations ruineuses auxquelles il s'était livré ².

Un arrêt de la Cour de Paris ³ décide que la cession de créance consentie au profit du mandataire chargé du recouvrement est entachée de dol lorsque le cessionnaire a laissé ignorer au cédant les conditions de recouvrement de la créance, ce qui lui a permis de se faire céder à vil prix une créance dont le recouvrement était sûr.

D'une manière générale, pour que la réticence puisse être une cause de nullité, il faut qu'elle présente des caractères de gravité tout à fait exceptionnels : « Attendu, a jugé le tribunal d'Auxerre ¹, que ces manœuvres doivent être telles que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

Il semble donc que l'idée de dol implique des faits positifs d'agissements de la part de l'auteur ; telle est incontestablement la doctrine juridique : Si la jurisprudence a, dans certaines hypothèses exceptionnelles, admis le dol pour réticence, celle-ci s'est toujours présentée dans des circonstances tellement graves, avec un caractère si marqué de mauvaise foi ou de fraude, qu'elle équivalait à des manœuvres actives.

C'est seulement en matière de vice caché et d'assurance maritime que la loi française frappe impitoyablement la réticence.

De même, en Angleterre, la réticence n'est pas con-

1. Req. 5.12.38, S. 1838.1.951.

2. Paris, 12.8.61, D. 1863.1.302.

3. Trib. Auxerre, 30.12.1881, *Gaz. Pal.*, 1882.1.506.

siderée, *ipso jure*, comme dolosive. Mais les restrictions qui ont été imposées à ce principe par la jurisprudence sont beaucoup plus nombreuses qu'en France.

Tout d'abord, le concept même de réticence est extrêmement large. En particulier, toute exposition d'un fait ou d'une circonstance de nature à modifier la portée d'une déclaration suffit à constituer une *misrepresentation*, si cette exposition ne constitue plus qu'une expression travestie et infidèle de la réalité.

D'autre part, Lord Campbell établit, dans *Walters v. Morgan*², une règle beaucoup plus sévère que celle observée par les tribunaux français : un seul mot, un clignement d'yeux, ou même un hochement de tête, ou un sourire de l'acheteur, destinés à faire croire au vendeur l'existence d'un fait inexistant pouvant influencer le prix de l'objet, est une fraude.

A fortiori, une pression de la part de l'acheteur, moins informé que le vendeur de la valeur réelle de l'objet, destinée à précipiter le vendeur, sans lui donner possibilité d'être complètement informé de la valeur réelle ou de prendre temps pour délibérer et prendre conseil, constitue un agissement dolosif³.

Ainsi, la notion même de réticence est incontestablement plus large qu'en France ; mais la distinction entre les principes de la jurisprudence anglaise et française devient particulièrement tranchée lorsqu'on analyse les critères adoptés respectivement dans les

1. Tag. Eldine, *ibid.*, p. 91.

2. *Walters v. Morgan*, 3 D. F. et J. 723.

3. Kierr, *On Fraud*, p. 71.

deux pays afin de déterminer les conditions auxquelles est subordonnée l'annulation d'un contrat pour réticence.

En France, comme nous l'avons vu plus haut, il faut que la réticence présente un caractère si marqué de mauvaise foi qu'elle équivaut à des manœuvres actives. En Angleterre, nous retrouvons toujours l'infraction du devoir, le *breach of duty*.

En effet, la réticence, et là est le point important, est toujours considérée comme constituant une cause de nullité, lorsqu'il y a un devoir de parler. Une réticence, afin de pouvoir être prise en considération, doit être la réticence d'un fait que le contractant est dans l'obligation légale ou équitable d'exposer. La simple réticence, en dehors de circonstances impliquant le devoir d'informer l'autre partie et en dehors de toute intention frauduleuse, ne constitue pas, en général, une raison suffisante pour rendre le contrat nul ¹.

Ainsi, un vendeur n'a pas le devoir d'exposer toute la vérité à l'acheteur. Toutefois, si le vendeur sait que l'acheteur est en train de conclure un accord sous l'empire d'une erreur, il a le devoir de ne pas déformer la réalité ².

Ainsi, on admet généralement que le cédant d'un bail est tenu de communiquer au cessionnaire les servitudes extraordinaires ou inhabituelles qui grèvent l'immeuble ³.

Bien entendu, le juge anglais tient compte de la situation respective des parties. Si les contractants ont les mêmes moyens d'information, s'ils se trouvent à

1. *Ibid.*

2. *Smith v. Hughes*, R. 6 Q. B. 605.

3. *Peeve v. Berridge*, 20 Q. B. D. 523.

égalité, la nullité du contrat sera très difficilement obtenue, car *vigilantibus non dormientibus jura subveniunt*¹.

Prenons un exemple : A... est amené à prêter de l'argent à B..., en prenant comme garantie une hypothèque sur des baux qui se révèlent, plus tard, comme fictifs. A..., après avoir eu connaissance de la fictivité des baux, est remboursé par C..., auquel, en contre-partie, il cède son hypothèque.

Il fut jugé que A... et C... ne traitaient pas à égalité et que A..., ayant été informé de la fictivité des baux, était tenu de révéler la vérité au cessionnaire C... Ainsi, afin de déterminer à quelles conditions la réticence devient une cause de nullité, le juge anglais envisagera tous les faits qui ont pu donner lieu à un devoir de parler et ce sera l'infraction au devoir et non la gravité de la réticence qui constituera le critérium décisif.

L'exagération

La jurisprudence française fait preuve, en ce qui concerne les exagérations, d'un libéralisme incontestable. Elle autorise, la plupart du temps, les exagérations mensongères, qui sont mises au compte de la réclame et de l'habileté professionnelle.

Voici deux arrêts qui sont caractéristiques du point de vue adopté par les tribunaux français : « Considérant que les faits invoqués, fussent-ils établis, ne seraient pas suffisants pour constituer le dol et la

1. Kerre, *On Fraud*, p. 73.

2. *Marnham v. Weaver*, 80 L. T. 412.

fraude ; qu'en effet, on ne peut juridiquement qualifier de dol toutes espèces de ruses et d'artifices, et notamment ces recommandations, ces vanteries habituelles, à l'aide desquelles un vendeur cherche à vendre sa marchandise, qu'il en exalte le mérite et la valeur ; c'est à l'acheteur à savoir s'en défendre pour ne pas en devenir la dupe trop facile ¹. »

Voici un second arrêt émanant de la Cour de Rennes : « Considérant que, s'il a été trompé dans ses espérances, il ne peut l'attribuer qu'à l'imprudence avec laquelle il a traité, qu'à la crédulité avec laquelle il a considéré comme sérieuses, dans tous leurs détails, les affirmations de T... qui, en exagérant les avantages de l'opération qu'il lui proposait, n'a fait que suivre les pratiques coupables et trop communes de ces intermédiaires plus ardents à lancer une affaire que scrupuleux sur les moyens qu'ils emploient pour les faire réussir. »

Que cette jurisprudence soit compatible ou non avec les principes de la morale des affaires, ou même de la morale tout court, peu nous importe. Ce qui est intéressant, c'est de mettre en parallèle avec cette tolérance la méthode employée en Angleterre.

Le système anglais est fondé sur la distinction entre la *misrepresentation of fact* et la *misrepresentation of opinion*.

La *misrepresentation of fact* est la déformation d'un fait, et elle seule peut constituer un élément de fraude susceptible de provoquer la revision du contrat. Elle constitue, en effet, un manquement à un devoir : celui

1. Riom, 12 juillet 1884, S. 85-2.13.

2. Rennes, 7 juin 1878, S. 79-2.241.

de ne pas décevoir la croyance justifiée de l'autre partie que son cocontractant dira la vérité.

D'autre part, la *misrepresentation of opinion* ne constitue jamais une cause d'action pour celui qui se trouve avoir été lésé par la trop grande foi qu'il avait ajoutée à l'opinion de l'autre partie. Il n'existe vis-à-vis de celle-ci nul devoir d'exprimer des opinions exactes, et la croyance à l'exactitude des opinions de son cocontractant n'est nullement justifiée.

Ainsi, ici encore, il est aisé d'apercevoir le principe moral qui se trouve à la base de cette distinction : la déformation d'un fait constitue un mensonge et, par conséquent, un manquement à un devoir ; il ne peut y avoir rien d'immoral à émettre une croyance erronée.

Voici deux arrêts qui nous familiariseront avec la manière dont ces problèmes d'exagération mensongère sont traités en Angleterre : une société de vente et de fabrication du café avait émis des circulaires, rédigées de la manière suivante : « Les directeurs se sentent justifiés à croire, avec confiance, que les bénéfices de cette société dépasseront de 50 % le capital nominal, et même les bénéfices réalisés par la société mère en Angleterre. » Le plaignant, influencé partiellement par cette circulaire, partiellement par des renseignements puisés à d'autres sources, partiellement par sa propre opinion sur la marchandise facturée, achète 100 actions de la dite compagnie. Il fut jugé que les circulaires permettaient bien d'escompter la réalisation de bénéfices ; mais que, d'autre part, elle ne pouvait être lue correctement (*rightly read*) comme déclarant que des profits avaient déjà été réalisés.

Il y avait donc ici, simplement, *misrepresentation of*

opinion, et le plaignant devait être débouté ¹.

Voici une seconde affaire, américaine celle-là, où il a été jugé, au contraire ², qu'il y avait eu *misrepresentation of fact*. Il s'agissait d'une société dont les circulaires, lancées en février 1889, portaient les affirmations suivantes :

« 1° La société a été formée en vue d'exploiter les droits de patente d'une invention de projectile ;

» 2° Le projectile contient une charge de dynamite et d'autres explosifs ; il a été introduit dans les canons sans qu'une altération préalable de ceux-ci ait été nécessaire ; ce projectile est donc destiné à jouer un rôle important dans les opérations navales et terrestres ;

» 3° Les expériences ont démontré, l'été dernier, l'utilité de cette invention, et ont attiré l'attention de nombreux pays étrangers, aussi bien que du nôtre ; à la suite d'une enquête de la Commission militaire du Sénat, d'autres expériences ont été faites sur le *Potomac* ; les résultats furent étonnants, et en tous points conformes aux prévisions de l'inventeur. »

Les faits étaient, en réalité, les suivants :

Au moment de l'émission de la circulaire, il n'y avait pas encore de patente proprement dite ; les premiers résultats avaient été obtenus en décembre 1888, mais la véritable patente n'avait été accordée qu'en février 1889 ; les expériences avaient eu lieu quatre ans auparavant, et étaient relatives à une autre patente. Une de ces expériences avait été désastreuse, et celle du *Potomac* avait seulement réussi en partie. Une autre expérience, qui avait eu lieu après le début de ce pro-

1. Bellair v. Tucker, 13 Q. B. D. 562.

2. Scott v. Snyderdynamit Cy. 67 L.T. 104, C.A.

cès, montre que le projectile pouvait être en effet employé avec des charges de poudre ordinaire sans faire éclater le fusil. Il fut jugé que la circulaire n'était pas un document honnête et respectueux de la vérité, et qu'il suggérait ce qui n'était pas. L'obligation de ne pas déformer les faits constitue un devoir qui incombe à chacun de nous. Il y avait donc *breach of duty* de la part de la société qui fut naturellement condamnée.

CHAPITRE III

Les devoirs particuliers résultant des relations fiduciaires

En droit anglais, il y a relation fiduciaire entre les parties, lorsque la loi reconnaît à celui qui est investi d'une part d'autorité ou de confiance, le devoir d'user de sa situation pour le bien de l'autre partie et non en faveur de son intérêt propre. Il est possible de distinguer deux catégories de relations fiduciaires différentes.

Les unes sont d'ordre purement personnel. Les relations entre parents et enfants, entre médecins et malades, confesseurs et fidèles, tuteurs et pupilles, rentrent dans cette première catégorie.

Les autres relations fiduciaires ont une origine plutôt commerciale et sont considérées par la loi anglaise comme existant, par exemple, entre débiteurs et créanciers hypothécaires, entre préposants et préposés, ou encore entre hommes d'affaires et clients.

Mais, en outre, toutes les fois que deux parties ne contractent pas dans des conditions d'égalité, toutes les fois qu'il est possible de prouver qu'une partie a pu

exercer une influence dominante sur l'autre, le juge estimera qu'il y a relation fiduciaire.

Il surgira alors une présomption de fraude et la transaction litigieuse pourra être très facilement annulée, car l'égalité que l'Etat doit reconnaître entre les hommes n'est pas une égalité mathématique, mais bien plutôt une égalité proportionnée aux aptitudes et aux besoins de chacun (Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, p. 283 et 284). Cette harmonieuse juxtaposition des obligations morales envisagées sous un angle social et des commandements imposés par la vie économique ne répondent-ils pas aux vœux de Duguit lorsqu'il disait : « A un système d'ordre interphysique et individualiste, il s'agit de substituer un système d'ordre réaliste et socialiste (ou du moins solidariste) du droit subjectif considéré comme pouvoir de vouloir ou d'imposer sa volonté à un autre et conduisant à l'anarchie libertaire, il faut opposer le droit objectif, c'est-à-dire la règle de droit basée sur les postulats de l'existence en société ; plus précisément et plus simplement même, aux lieu et place des droits individuels, il faut mettre les droits sociaux. ¹ »

En effet, comme le déclare Lord Haldane ¹, il existe d'autres obligations à côté de celles d'être honnêtes dont la rupture peut donner lieu à des dommages-intérêts. La question de savoir si un tel devoir a été assumé dépend des relations des parties... Et il existe un certain nombre de cas où cette obligation existe indépendamment de tout contrat, par exemple lorsqu'il y a relation fiduciaire.

Nous allons commencer par analyser, avec quelques détails, les relations fiduciaires d'ordre purement

commercial, puis, d'une manière plus succincte, celles qui sont issues de liens personnels. Dans une troisième partie, nous étudierons les conséquences de l'*undue influence*, des abus d'influence auxquels ces relations fiduciaires peuvent donner lieu.

La relation fiduciaire qui se trouve probablement à la base de toute cette construction juridique est celle qui unit le *trustee* et le *cestui que trust*, c'est-à-dire le fidéicommettant et le fidéicommissaire. Etant donnée l'immense extension que cette institution juridique a prise dans la pratique anglaise, il est possible de comprendre combien fréquemment se pose devant les tribunaux anglais la questions des relations fiduciaires.

Un *trust*, rappelons-le, est l'obligation de détenir et d'administrer consciencieusement un bien pour le compte d'une ou plusieurs personnes autres que celle qui est soumise à l'obligation (Jenks art. 1765). Cette institution juridique conçue, protégée et développée par les tribunaux d'équité se prêtait particulièrement à ces abus d'influence qu'il s'agit de combattre; le *trustee* connaît mieux que quiconque la valeur du *trust res* comme il doit faire profiter le *cestui que trust* des renseignements et des informations qu'il a pu acquérir dans l'exercice de ses fonctions. Il doit lui donner une évaluation exacte des biens mis en *trust* et il est soumis à l'obligation d'être de la plus entière bonne foi.

Le droit français édicte, dans des cas quelque peu analogues, je pense, en particulier à la relation entre tuteur et pupille, quelques règles impératives interdisant toute transaction entre les deux parties en cause. La jurisprudence anglaise n'adopte pas une solution aussi radicale. Elle se contente d'élaborer une pré-

somption d'abus d'influence. Si le *trustee* conclut avec le *cestui que trust* un contrat de vente ou de location, *a fortiori*, lorsqu'il aura reçu une donation de ce dernier, lui faudra-t-il combattre cette présomption et il le fera presque toujours en montrant que la personne, qui est présumée avoir été soumise à un abus d'influence, a obtenu l'avis d'une tierce personne indépendante (*independant advice*).

Une autre liaison qui impose aux deux contractants une très grande caution est celle qui unit le client et l'homme d'affaires. Un homme d'affaires n'a pas le droit de mettre en conflit ses intérêts et son devoir. Il n'a pas le droit, au cours d'une affaire qu'il conclut avec son client, de faire un gain qui dépasse les règles les plus strictes de l'équité.

Toutefois, ici encore, il ne lui est pas interdit de conclure des contrats à titre gratuit ou à titre onéreux avec son client. Cependant, en cas de procès, l'*onus probandi* est à la charge de l'homme d'affaires ; c'est à lui de montrer que l'affaire était juste et équitable pour son client. Il doit prouver, en particulier, que son client était parfaitement informé, qu'il avait été conseillé d'une manière indépendante et que le prix était juste ¹.

En ce qui concerne les actes à titre gratuit, la présomption de l'*undue influence* est, bien entendu encore plus forte. Il ne suffit pas que le client ait reçu conseil d'une tierce personne indépendante ; il faut encore que les relations entre les deux parties aient totalement cessé et que l'influence puisse être présumée avoir disparu.

1. Kerr, *On Fraud*, p. 181.

Les liens qui existent, en droit anglais, entre le principal et l'agent sont également d'ordre fiduciaires et font naître des présomptions de fraudes tantôt atténuées, tantôt irréfragables.

Il y a présomption de fraude atténuée toutes les fois que l'agent conclut, au cours de son mandat, une affaire avec son préposant. L'agent devra prouver, s'il veut conserver le bénéfice de son accord :

1° Qu'il a donné à son principal des conseils aussi désintéressés que possible ;

2° Qu'il a informé le principal de tout ce qu'il savait ;

3° Que le principal savait à qui il avait affaire ;

4° Que la considération était équitable, c'est-à-dire qu'il y avait juste prix ¹.

La troisième règle est celle dont l'application est la plus fréquente. Il est, en effet, formellement interdit de faire au cours de son mandat, sous un prête-nom, un contrat avec son principal.

Toutes ces règles sont en particulier applicables aux sociétés dont les employés sont considérés comme des mandataires.

Ainsi, il y a présomption de fraude irréfragable lorsqu'une commission est donnée à l'agent par une tierce partie, sans que le préposant ait été mis au courant. La Cour ne recherchera pas quel a été le motif qui a poussé le vendeur à accorder la commission ¹.

Le principal peut alors, à son choix, obtenir la

1. *Hovenden v. Millhoff*, 83 L. T. 41.

rescision du contrat pour dol ou bien obliger l'agent à lui rendre l'argent qu'il a reçu frauduleusement.

Ces solutions s'expliquent de la manière suivante :

Lorsqu'il y a un accord aux termes desquels le vendeur s'engage à donner une commission au préposé de l'acheteur, derrière le dos de celui-ci, il y a présomption que le prix est accru du montant de la commission ; le véritable prix d'achat est considéré comme étant du prix moins la commission ².

D'autre part, il peut, au premier abord, sembler bizarre que la jurisprudence anglaise accorde, dans des cas analogues, la rescision pour dol, car le fait de donner une commission à un employé d'une maison cliente ne semble pas constituer *ipso facto* une manœuvre dolosive et l'avocat du défendeur devrait pouvoir plaider l'absence de fraude. Mais le juge anglais estime que le secret constitue la preuve du dol et que le vendeur, connaissant l'ignorance dans laquelle avait été tenu le préposant de tout ce qui s'était passé, le dol est suffisamment prouvé.

La *partnership* anglaise ressemble à notre société de personne, par beaucoup de points. En particulier, elle observe une règle très importante en vertu de laquelle chaque membre de la société est sensé être le mandataire des autres sociétés.

Donc, les mêmes règles qui régissent les rapports entre préposés et préposants gouvernent les relations entre les membres d'une société de personnes. L'associé n'a pas le droit de faire de profits derrière

1. Grant v. Gold exploration and Development Syndicati, 1859, Q. B. D., 1900, p. 236.

le dos de la société ; il ne peut pas, sans en informer les autres associés, vendre à la société des marchandises dont il est le propriétaire.

Nous n'avons parlé, jusqu'ici, que des liens fiduciaires susceptibles d'être dégagés des relations d'ordre commercial. Bien entendu, les présomptions de fraude sont encore beaucoup plus fortes lorsque l'abus d'influence peut naître de relations purement bénévoles. Ainsi, toutes les opérations juridiques entre tuteur et pupille sont nulles même si elles ont eu lieu après la clôture de la tutelle, à moins qu'il puisse être positivement prouvé que l'influence présumée a cessé d'exister. La même présomption s'applique *a fortiori* aux actes à titre gratuit. Le droit anglais admet que des relations analogues existent entre enfants et parents. L'*onus probandi* est à la charge du père qui doit prouver que l'enfant était conseillé indépendamment et qu'il a conclu l'affaire en pleine connaissance de cause ¹. Voici, par exemple, une affaire où un contrat fut annulé en raison de l'*undue influence* exercée par un grand-oncle sur son petit-neveu ².

Un grand-oncle, pour tirer d'embarras un petit-neveu qu'il savait criblé de dettes, lui délègue son neveu qui offre d'acheter toutes ses propriétés pour la valeur de 7.000 livres. Auparavant, le grand-oncle les avait fait expertiser par un ingénieur qui les avait évaluées à 20.000 livres. Sans mentionner cette expertise, le neveu conclut le contrat. Il fut jugé qu'il y avait relation fiduciaire obligeant le défendeur à communiquer à T... les résultats de l'expertise et qu'en

1. Kerr, *On Fraud*, p. 190.

2. *Tat v. Williamson*, 15 L. T. 549

l'absence d'une telle information, le contrat était annulé.

Toute cette question des présomptions de fraude a été développée, ne l'oublions pas, par l'équité. A la base de cette construction juridique, il y a un principe moral très rigide, qui veut réprimer, avec le maximum d'énergie, toute infraction à la règle morale. En effet, la morale fait un devoir, à celui qui jouit de la confiance d'une autre personne, de ne pas la décevoir et la plus minime infraction à cette loi, consisterait-elle simplement dans le silence ou la négligence, sera impitoyablement réprimée. Mais la doctrine de l'*undue influence* ne limite pas ses effets à faire prohiber certaines opérations lorsque l'un des contractants est présumé avoir exercé une influence illicite sur l'autre. Le principe de l'*undue influence* s'étend sur toutes les transactions conclues entre certaines personnes ; il est susceptible de faire fléchir les règles les mieux établies et de modifier les jurisprudences les plus certaines. Nous allons successivement montrer les modifications que la doctrine de l'*undue influence* a fait subir à la règle *nemo auditur suam turpitudinem allegans* et à la définition du dol établie dans *Derry v. Peek*.

Il a été établi dans *Derry v. Peek*, comme nous le verrons ¹, qu'une personne ne peut pas être condamnée pour dol à raison d'une fausse déclaration, même faite négligemment, à condition qu'elle ait été accompagnée d'une croyance sincère à sa véracité. Toutefois, lorsqu'on constate entre les contractants des rapports de confiance comme ceux existant entre le *trustee* et le

1. Voir *supra* p. 148.

cestui que trust ou entre l'avocat et son client, il a été jugé qu'on se trouve en présence d'un devoir moral particulièrement rigoureux de ne pas déformer les faits. Par conséquent, en cas de relation fiduciaire, la règle de Derry contre Peek devra être modifiée.

Voici les faits du *leading case* ¹.

L'homme d'affaires de Lord Ashburton lui avait fait contracter un prêt de 65.000 livres, prêt auquel lui-même avait participé. Ce prêt était garanti par une hypothèque portant sur plusieurs terrains. Quelques mois plus tard, l'homme d'affaires demanda à Lord Ashburton d'abandonner une partie de ses droits hypothécaires afin de favoriser les constructions d'immeubles sur ses terrains ; les intérêts n'ayant pas été payés en temps voulu, Lord Ashburton s'aperçut que l'hypothèque qu'il avait conservée constituait une garantie parfaitement insuffisante. A ce moment, il intenta une action en dommages-intérêts contre son homme d'affaires, la bonne foi de ce dernier ne faisant pas de doute. L'inculpé, de même que dans Derry v. Peck, s'était simplement rendu coupable d'une déclaration négligente.

En première instance, le juge déclara que le délit n'était pas prouvé ; la Cour d'appel cassa le jugement et la Chambre des Lords jugea que la Cour d'appel avait eu tort en infirmant le jugement et que le plaignant n'était pas empêché de demander des dommages-intérêts pour *breach of duty*, pour infraction à la règle morale, étant données les relations fiduciaires existant entre son homme d'affaires et lui-même et malgré la règle établie dans Derry v. Peek.

1. Nocton v. Ashburton. 1914. A.C. 932.

Lord Dunedin nous donne ainsi l'explication de son jugement ; il ne peut y avoir négligence sans devoir, ce devoir peut prendre plusieurs formes ; il y a certains devoirs que nous devons à tout le monde, par exemple *alterum non laedere* ; ensuite, il y a les devoirs qui naissent d'un contrat ; enfin, il y a les devoirs qui sont engendrés par certaines relations, sans intervention de liens contractuels, comme les devoirs du *trustee* envers le *cestui que trust* ou du tuteur envers son pupille. C'est à une telle relation que furent assimilés, dans l'affaire Nocton v. Ashburton, les liens existant entre les deux parties en cause et c'est au nom de l'*undue influence* exercée par un homme d'affaires sur son client que fut écarté le principe établi par Derry v. Peek.

Voici un second exemple de la manière dont les relations fiduciaires et les présomptions d'*undue influence* qui les accompagnent sont susceptibles de faire fléchir les principes ordinaires du droit.

Il existe en France une règle bien connue en vertu de laquelle la répétition d'un paiement fait à l'occasion d'un contrat immoral ou illicite se heurte à l'adage : *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

Ce principe, par trop absolu, donnant lieu à des solutions peu satisfaisantes, la jurisprudence a été obligée d'imaginer certaines distinctions. Ainsi, d'une manière générale, les tribunaux français ne refusent l'action en répétition que si celle-ci présente un caractère immoral pour le défendeur ; par exemple, en cas de cession d'office ministériel avec contre-lettre, le *solvens* peut réclamer la restitution du supplément versé parce que la faute n'est imputable qu'au cédant ¹.

1. D. P. 95.1.346.

Mais les solutions françaises ne sont guère nuancées ; elles analysent la conscience des parties d'une manière un peu superficielle, sans prendre en considération des faits et idées qui ont pu induire les contractants à adopter telle ou telle ligne de conduite.

Les Anglais, au contraire, analysent l'ensemble des causes qui ont pu peser sur la conscience des parties et se préoccupent avant toute chose de réprimer toute influence illicite susceptible de peser sur la volonté ou l'esprit d'un des contractants. Nous allons donner quelques exemples qui montreront bien les avantages de cette technique, mais aussi le danger qu'elle présente lorsque le juge est tenu d'avoir recours à une casuistique quelquefois bien osée :

A... fut amené à transférer des biens à B... en raison d'un accord illégal qu'il avait conclu avec lui. En essayant d'obtenir la rescision du contrat et le recouvrement de ses biens, le demandeur obtint gain de cause, car il réussit à prouver que c'était en raison du dol commis par B... qu'il avait été amené à signer le contrat illicite. Lorsque les parties concluent un contrat illégal, si elles ne sont pas *in pari delicto*, l'action de celui qui est le moins coupable des deux est parfaitement recevable, déclara le jugement¹.

Voici une autre affaire : le demandeur, un failli, avait offert à ses créanciers un arrangement, en vertu duquel il s'obligeait à rembourser 25 % de ses dettes. Le défendeur était un créancier important, dont l'attitude pouvait avoir une grande influence sur la décision des autres parties intéressées ; mais ce créancier

1. Reynill v. Spryc, 1852, 1 D. M. et G. 460.

se refusait à accepter le compromis à moins que le failli ne lui donnât 50 livres en fraude des autres créanciers. Le failli essayait, maintenant, de répéter ses 50 livres et l'action fut déclarée recevable. Il ne peut être question de *par delictum*, dit le juge, puisqu'une des parties possède le pouvoir de dicter sa volonté et que l'autre n'a aucune alternative sinon de se soumettre ².

Voici une autre affaire qui est quelque peu curieuse, elle aussi ³.

En 1889, un fils avait assuré sa mère sur la vie, afin de payer les frais d'enterrement de celle-ci. Plus tard, il contracta une deuxième assurance analogue ; le fils paya les primes d'assurance régulièrement, jusqu'en 1902, date à laquelle il apprit que la police était nulle, d'après la loi anglaise, pour manque d'intérêt. Là-dessus, il intente une action en justice, afin de se faire restituer les primes payées. Le juge du *County Court* estima que les deux parties étaient *in pari delicto*, parce que l'agent de la compagnie d'assurance était de bonne foi, et l'erreur étant purement juridique, les primes ne pouvaient donc pas être répétées.

La *Divisional Court*, au contraire, estima que l'assuré avait le droit de compter sur les connaissances juridiques de l'assureur, qu'il n'y avait pas *par delictum* et que, par conséquent, les primes devaient être restituées.

La Cour d'appel infirma ce jugement et un des juges motiva sa décision de la manière suivante : « A moins qu'on ne puisse faire intervenir un élément de dol, de

1. *Atkinson v. Denly*, 1861, 6 H. et N. 778; 1862, 7 H. et N. 934.

2. *American Mutual Life Ins. Co. v. Bertram* Supreme Court of Indiana, 1903-1904, Ind. 51.

violence ou d'oppression, ou une différence dans la situation des parties équivalente à une relation fiduciaire, de telle sorte qu'il est inéquitable, pour le défendeur, de vouloir maintenir le contrat, le demandeur est dans la situation d'une personne qui a subi une perte, en raison d'un contrat illégal, et qui doit la supporter. »

Quant à l'autre juge, il fit les déclarations suivantes :

« A moins qu'on puisse dire que les fausses déclarations de l'assureur aient mis l'assuré dans une plus mauvaise posture que la société, les parties étaient sur un pied d'égalité ; en ce qui concerne l'opération juridique, je ne pense pas que les agents d'une compagnie d'assurance doivent être considérés comme étant dans l'obligation de savoir plus de droit que les autres personnes », et il fut jugé que les parties étaient *in pari delicto*, et que les primes ne pouvaient pas être répétées.

Voici enfin une dernière affaire ¹, américaine celle-ci, qui indique bien les déformations subies par la règle *nemo auditur* quand il y a présomption d'abus d'influence.

Les faits étaient les suivants :

Un propriétaire d'hôtel avait été informé, par son avocat, qu'une plainte avait été déposée contre lui, la femme du plaignant ayant eu recours à cet hôtel pour y entretenir des relations d'ordre extra-matrimonial. L'avocat lui fit comprendre que le plaignant retirerait sa plainte contre une somme de 35.000 dollars. Cet argent fut versé par l'hôtelier, qui intenta contre l'avocat une action en répétition. Bien entendu, l'autre

1. Berman v. Coahley et al Suprem Judicial Court of Massachusetts, 1923-243, Moss 348, 137 N. E. 667.

partie déclarait l'action irrecevable en vertu de la règle *nemo auditur*.

Dans le Massachussetts, l'hôtelier obtint gain de cause.

Voici quelques extraits du jugement : « Il est extrêmement important, à tous les points de vue, que les membres du barreau soient des hommes probes et très jaloux de maintenir des relations de la plus stricte honnêteté avec leurs clients, et qu'ils soient désireux de les protéger contre tout dommage ; l'avocat et le client ne traitent pas à égalité. Il n'est pas besoin de discussion pour montrer que le défendeur manquait à ses obligations d'avocat. Cet état de choses suffit à prouver que la conduite du défendeur était beaucoup plus répréhensible que celle du plaignant et que les parties ne se trouvaient pas *in pari delicto*.

Ainsi, dans cette affaire, la recherche du juge américain a porté sur deux points précis : Quels sont les devoirs de l'avocat vis-à-vis du client ? D'autre part, cette relation une fois définie, y a-t-il *par delictum* ? La règle *nemo auditur turpitudinem propriam allegans*, comme le principe sur les déclarations fauses faites de bonne foi, fléchit donc en droit anglais toutes les fois qu'il y a eu *breach of duty*, infraction à une obligation spéciales issues d'une relation fiduciaire existant entre les parties.

CHAPITRE IV

Le devoir de veiller et la négligence

Les relations très étroites qui ont toujours existé entre les principes du puritanisme et les règles de la probité commerciale n'ont pas besoin d'être longuement commentées. Les affinités entre le mouvement de la Réforme et les débuts du capitalisme moderne ont fait l'objet d'innombrables travaux. Cet état d'esprit, spécifiquement anglo-saxon, où les sentiments religieux et les instincts d'enrichissement se fondent harmonieusement en un tout indissoluble, a donné naissance à une expression particulièrement significative, les *business morals*, véritable code dont le premier commandement est le devoir de veiller (*duty of care*) et dont le crime le plus monstrueux est la négligence. Il convient tout d'abord d'examiner quelles sont les conséquences que peut entraîner un manquement au devoir de veiller un *breach of duty of care* lorsqu'on se trouve en présence de dommages-intérêts indirects ou imprévus. Nous traiterons ensuite des problèmes soulevés par la négligence d'une partie victime d'agissements dolosifs.

Les dommages imprévus

En France, le législateur, respectueux des intentions des parties, a disposé que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée » (C. civ., art. 1150).

Une décision récente a fixé, en Angleterre, d'une manière peut-être définitive, une jurisprudence hésitante en ce qui concerne les problèmes très subtils relatifs aux dommages imprévus.

Voici les faits : Un navire transportait un chargement comprenant quelques caisses de pétrole. Une quantité assez considérable de vapeur de pétrole se trouvait à l'intérieur de la cale. Des dockers occupés à décharger le bateau avaient installé des planches maintenues par des cordes ; l'une de celles-ci céda et l'effondrement des planches dans la cale pleine de vapeur de pétrole provoqua une étincelle qui incendia tout le vaisseau. Les affréteurs demandaient que leur obligation d'indemniser fût limitée à ce qu'ils croyaient être la conséquence normale qui pouvaient être raisonnablement prévue de leur négligence. La Cour d'appel jugea cependant qu'ils étaient intégralement responsables. Et le juge Bahes motiva ainsi sa décision. Le feu m'apparaît avoir été causé directement par la chute des planches. Etant donné cet état de choses, j'estime qu'il est indifférent que l'étincelle provoquée par la chute des planches ne pouvaient pas être raisonnablement prévue.

Le *breach of duty* provenant de la négligence ayant été une fois constatée, « les anticipations de la personne dont l'acte négligent a causé le dommage me semble sans importance ». Dans ces quelques lignes, on peut découvrir toute une règle de vie, tout un système de morale. Si vous commettez une infraction à un devoir, vous serez responsable de toutes ses conséquences. Vos intentions, bonnes ou mauvaises, ne peuvent pas entrer en ligne de compte.

Cette même théorie a été appliquée dans une autre affaire ¹.

Voici les faits :

Le plaignant employait le défendeur, un expert comptable, pour examiner les affaires de la société. Les instructions qu'il lui avait données par écrit contenaient des diffamations contre X... et Y..., employés de la société. L'expert montra la lettre à son associé, qui la laissa traîner négligemment et elle fut découverte par le directeur de la société. Il la communiqua à X... et Y... qui poursuivirent le plaignant pour diffamation. Celui-ci, à son tour, actionna l'expert pour recouvrir les dommages qu'il avait dû payer. Il fut débouté et Lord Scrutton présenta le principe de la responsabilité pour dommages imprévus avec une très grande netteté : « Le fait que le dommage ne cause pas, en fait, le genre exact de dommages auxquels on s'attendait est inopérant, aussi longtemps que l'on peut remonter directement du dommage à l'acte négligent, et qu'il n'est pas dû à des causes indépendantes de cette négligence. »

1. *Weidblundell v. Stephens*, 1920 A. C. 956.

Les dommages indirects

En ce qui concerne les dommages indirects, les principes qui inspirent les deux systèmes juridiques sont très similaires à ceux que nous venons d'analyser et d'expliquer en matière de dommages imprévus. En vertu de l'article 1151 C. civ., les dommages-intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de la convention. Ainsi, la loi française, de même qu'elle a une tendance à ne pas prendre en considération les dommages imprévus, sauf en cas de dol, écarte systématiquement les dommages indirects « dans le cas même où l'inexécution résulterait du dol du débiteur ». Au contraire, comme il fallait s'y attendre, étant donnée la jurisprudence très stricte relatée aux dommages imprévus, les dommages-intérêts indirects sont exigibles en Angleterre s'ils constituent la conséquence naturelle et probable de la négligence ¹ c'est-à-dire de l'infraction au devoir de veiller.

Ainsi, un client d'une banque donne à son employé un chèque de 2 livres, rédigé de telle manière qu'il est extrêmement facile pour ce dernier de le transformer en un chèque de 120 livres. La Chambre des Lords jugea que le client avait une obligation, envers la Banque, de rédiger ses chèques de manière à ne pas faciliter la fraude. L'acte criminel de l'employé ne constituait pas une cause directe de la négligence, mais il constituait précisément une conséquence que le client avait le devoir de prévoir ².

Voici une autre affaire, toute récente ³.

Le plaignant, un piéton, marchait sur le trottoir,

1. Mayne, *On Damages*, p. 42.

2. *London Joint Stock Bank v. Mr Mullan*, 1918, A. C. 775.

3. *M. Kenna v. Stephen*, 1923, T. R. 114.

lorsque, gêné par un obstacle érigé par le défendeur, il descendit du trottoir et fut renversé par une automobile. Il y avait bien là dommage indirect ; cependant, il fut jugé que le fait de n'avoir pas procuré un passage au piéton devant l'obstacle constituait une négligence et 2.700 livres de dommages-intérêts furent accordés. Il fut, bien entendu, contesté que l'obstacle avait été la cause de l'accident, cependant le juge déclara qu'il y avait eu *breach of duty* et que si celui-ci ne s'était pas produit, le demandeur ne serait pas descendu du trottoir et n'aurait pas été renversé.

La négligence de la victime du dol

Prenons un dernier exemple de cette théorie si curieuse et si féconde de l'infraction au devoir de veiller.

En France, le plaignant ne pourra obtenir gain de cause en intentant une action de nullité pour dol qu'à la condition de n'avoir pas fait preuve de négligence ¹.

Les tribunaux français considèrent que la partie lésée ne pourra se prévaloir du dol du cocontractant qu'à la condition d'avoir pris toutes les précautions et toutes les mesures qui s'imposent à un bon père de famille.

En Angleterre, nous revenons toujours, au contraire, au principe qu'il ne peut y avoir négligence là où il n'y a pas un devoir de veiller. Voici les faits du *leading case* ² :

A... a été frauduleusement induit à signer un acte par lequel il cautionne B... A... croyait qu'il s'agissait de signer le double d'une police d'assurance. C... prête

1. Cass Liv. 14 déc. 1852, S. 1853.1.78 ; , C. de Liège 3 juin 1903, « Pas 1905.2.9.

2. Carlisle Banhing C v. Bragg (1911) 1 K. B. 489.

de l'argent sur la foi de cette garantie. A... plaide *non est factum* et C... déclare que A... s'étant montré négligent ne peut plaider l'erreur substantielle.

Le juge Pradley rendit le jugement suivant :

« Je ne crois pas qu'on puisse établir une preuve de négligence, car A... n'avait aucun devoir envers C... et ce n'est pas l'acte de A... qui causa une perte à C... »

Le juge Kennedy statue dans le même sens, ajoutant :

« En premier lieu, je ne crois pas que la soi-disant négligence du défendeur peut aider le plaignant, car il n'y a pas négligence là où il n'y a pas un devoir envers les plaignants. »

Dans une autre affaire, le demandeur était possesseur de 1.000 actions nominatives, qui pouvaient seulement être transférées par acte scellé. Il chargea un courtier de vendre des actions d'une autre société et lui délivra en blanc 10 formulaires de transfert. Grâce à des manœuvres frauduleuses, le courtier se servit de deux de ces actes pour vendre les actions de la première société à des tiers de bonne foi, dont les actions furent enregistrées en bonne et due forme sur les registres de la société¹.

Il fut jugé que la négligence du demandeur en délivrant les actes en blanc ne constituait pas une défense valable. Le juge Blucklurn motiva ainsi son arrêt :

« Il faut, pour qu'on puisse faire état de la négligence, qu'il y ait eu un devoir à l'égard de la personne qui a été trompée ou même du public en général, dont l'autre contractant ne constitue qu'un membre. »

Ainsi la négligence ne constitue un élément de la

1. Swan v. Morth Australasian C, 2 H. et C. 183.

rescision que s'il y a négligence d'un devoir, manquement à une obligation, infraction à la règle morale, *breach of duty*.

Droit naturel contre droit positif.

Il est intéressant de constater que, de temps en temps, les deux conceptions divergentes, pour ne pas dire contradictoires, du droit naturel et du droit positif, viennent à se heurter violemment. Les droits de la morale et les devoirs de la société s'entre-choquent sans que cependant les Anglais se doutent des questions de principe qui sont en jeu. Il y a une trentaine d'années, l'affaire *Derry v. Peek* fit beaucoup de bruit dans le monde judiciaire anglais. Il s'agissait de savoir dans quelle mesure une personne inculpée de négligence peut être condamnée pour dol. Comme il s'agissait d'une déclaration négligente émise dans un prospectus d'une société financière, la portée pratique de la décision était évidemment considérable. Mais l'intérêt du débat engagé était ailleurs : il s'agissait de savoir quels sont les principes qui doivent prévaloir : ceux du droit naturel, qui commandent impérieusement de ne pas confondre négligence et dol, ou au contraire ceux du droit positif, qui assimileront volontiers une faute lourde dangereuse pour l'ordre social à la fraude.

Voici les faits : Les directeurs d'une société de tramways avaient émis des prospectus portant comme en-tête : « Autorisée par une loi spéciale du Parlement permettant l'emploi de la vapeur ou de toute autre force motrice mécanique. » Dans le corps du prospectus, il était déclaré : « Un trait remarquable de cette

entreprise auquel il faut attacher une grande importance, c'est que, grâce à la loi spéciale obtenue du Parlement, la société a le droit d'employer la vapeur ou toute autre force mécanique à la place des chevaux. » Le même prospectus parlait également « des conditions extraordinairement favorables quant à la force motrice dont l'usage est permis à la société ». Or, en fait, la loi votée par le Parlement subordonnait l'emploi de la vapeur à une autorisation qui devait être délivrée par le *Board of Trade*. Cette permission escomptée par les auteurs du prospectus fut en fin de compte refusée à la compagnie. Un actionnaire lésé intenta une action en dommages-intérêts pour dol contre la société.

Il s'agissait donc de savoir dans quelle mesure les directeurs de la compagnie avaient agi frauduleusement lorsqu'ils annonçaient dans leur prospectus, *imprudemment, mais non frauduleusement*, que la société avait le droit d'employer la vapeur comme moyen de traction. En première instance, le juge Sterling déclara que les motifs de la croyance étaient suffisamment raisonnables pour qu'ils échappassent à toute accusation de fraude. En appel, il fut jugé au contraire que la société s'était véritablement rendue coupable de dol. Enfin en dernière instance la Chambre des Lords cassa l'arrêt d'appel et déclara les directeurs de la société innocents de toute fraude.

Le conflit, il est facile de le discerner, porte sur une question de principes d'un très grand intérêt.

Le dol doit-il être jugé d'après les intentions de la partie coupable, ou au contraire le critérium doit-il être recherché dans la répercussion de l'acte sur les intérêts collectifs ? Les Anglais bien entendu n'ont pas

perçu toute l'importance du problème. Toutefois, inconsciemment, les juges qui prenaient parti pour les défendeurs invoquaient les arguments du droit naturel. Ainsi Lord Herschell s'exprime de la manière suivante : « Je dis très respectueusement que les précédents ne permettent pas de soutenir l'opinion suivant laquelle une action de dol sera recevable en pareilles circonstances. Un homme qui se forge une croyance à la légère ou qui est immodérément crédule peut être blâmable quand il émet une représentation conformément à laquelle un autre agit, mais à mon avis il ne commet pas une fraude dans le sens où ce mot est employé dans tous les précédents depuis *Pasley v. Freeman* jusqu'au cas dont je m'occupe maintenant. Même lorsqu'on a employé l'expression « dol en droit » on avait toujours présent à l'esprit le fait que la tromperie était volontaire, soit parce qu'il y avait conscience de la fausseté de la déclaration, soit parce que la croyance en sa réalité avait été affirmée sans qu'elle existât réellement.

» Si des personnes en tant que directeurs d'une banque font des déclarations concernant l'état des affaires de celle-ci et s'ils les croient sincèrement vraies, je ne puis pas admettre qu'ils puissent être coupables de fraude parce que d'autres personnes pensent, ou que la Cour pense, ou que vos Seigneuries pensent qu'il n'y avait aucune raison suffisante pour motiver leur opinion. Si un peu plus de soin et de diligence eût dû amener les directeurs à une conclusion autre que celle qu'ils ont formulée, il peut y avoir là un élément important de preuve du fait qu'ils ne croyaient pas vraiment à la réalité de ce qu'ils ont déclaré, et que par conséquent ils étaient coupables de fraude. Mais ce

serait là la conséquence, non du fait d'avoir présenté comme vrai ce qu'ils n'avaient aucune bonne raison de croire vrai, mais du fait d'avoir présenté comme vrai ce qu'ils ne croyaient pas être vrai. » En définitive, le long jugement rendu par Lord Herschell au nom de ses collègues de la Chambre des Lords et en plein accord avec eux pose comme critérium du caractère innocent d'une mis-représentation, l'existence chez son auteur d'une croyance sincère à l'exactitude de ses déclarations (Tag. Elding, p. 277).

Au contraire, la cour d'appel, qui condamna la société, ne scrute pas la moralité des défenseurs, mais s'attache à relever le *breach of duty*. Ainsi Lord Cotton déclare, parlant des déclarations contenues dans le prospectus d'une société : « C'est un devoir pour le directeur ou toute autre personne qui procède à ces déclarations de s'assurer qu'elles ne renferment pas d'expressions qui seraient fausses en fait ; ils doivent s'assurer qu'il y a de bonnes raisons pour appuyer les déclarations matérielles contenues dans le document qu'ils préparent et font circuler dans le but que les auteurs se fondent sur lui pour agir. » « Bien qu'à mon avis, ajoute-t-il, il ne soit pas nécessaire qu'il y ait ce que je devrais appeler fraude, il faut cependant d'après ma façon d'envisager la loi qu'il y ait dans ces actions (de dol) infraction à un devoir, c'est-à-dire en l'espèce qu'une fausse déclaration ait été émise sans aucune bonne raison pour la croire exacte ; et à mon avis quand un homme fait une fausse déclaration dans le but qu'on se fonde sur elle pour agir, sans avoir de bonne raison pour la croire vraie, il manque à un devoir qui lui incombe en raison de l'attitude qu'il a prise, et il viole le droit qu'ont ceux auxquels s'adresse

la déclaration de considérer comme exactes les seules déclarations qui leur ont été faites. »

Ce refus d'élever le débat, comme on dirait en France, cette volonté consciente ou non de traiter le problème concret, l'espèce litigieuse, sans soulever des questions de principe, est le plus bel exemple de cette méthode qui a permis le développement de la *Common Law* pendant 700 ans et dont il convient, sans jamais l'imiter servilement, de quelquefois s'inspirer.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu : Le Président,
Henri LÉVY-ULLMANN

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	VII
AVANT-PROPOS	I

PREMIERE PARTIE

LA TECHNIQUE ARCHAÏQUE

CHAPITRE PREMIER. — L'HISTOIRE DE L'ACTION « OF ASSUMPIT » ET SON INFLUENCE SUR LA NOTION DE CONSIDÉRATION.....	7
CHAPITRE II. — LE MATÉRIALISME JURIDIQUE.....	13
<i>Les contrats par correspondance</i>	14
Les présomptions de connaissance.....	18
<i>Le cautionnement</i>	23
CHAPITRE III. — LA SIMPLICITÉ DE L'OPÉRATION JURIDIQUE.....	26
L'unité	27

DEUXIEME PARTIE

LA TECHNIQUE MODERNE

CHAPITRE IV. — LA CONCEPTION OBJECTIVE DE L'OBLIGATION.....	37
La cession de créances.....	38
Les effets de commerce.....	40
L'interprétation des contrats.....	43
La théorie du préposant non révélé.....	47
CHAPITRE V. — LE RESPECT DES INTENTIONS DES PARTIES.....	52
<i>La fiction de la « Warranty » sous-entendue</i>	55
La fiction de la condition sous-entendue. — Le cas fortuit et la force majeure.....	57
La fiction du trust sous-entendue.....	65
CHAPITRE VI. — LA RÈGLE ET LE STANDARD.....	68
Standard anglais opposé à la règle française.....	68
La capacité du mineur.....	70
Le taux de l'intérêt.....	74
La lésion	77

<i>Standard anglais parallèle à standard français</i>	79
Les restrictions contractuelles à la liberté du travail.....	79
La légalité des trusts.....	84
Le boycottage	87

TROISIEME PARTIE

LA MORALE

LE DROIT NATUREL.

CHAPITRE PREMIER. — LES MAXIMES D'ÉQUITÉ.....	93
La clause pénale.....	95
L'équité et l'égalité. — Les manques de réciprocité et la doctrine de la mutualité	100
Celui qui vient devant les tribunaux d'équité doit avoir les mains propres	103
La doctrine de la « <i>pari performance</i> » et la maxime : « l'équité ne permettra pas d'invoquer une loi dolosivement ».....	105

LE DROIT POSITIF.

CHAPITRE II. — LE DOL (FRAUDE).....	109
I. <i>Le dol, vice du consentement</i>	109
a) La lésion	110
b) L'erreur	116
c) Les incapables aliénés, ivrognes.....	119
II. <i>Le dol en affaires (réticence et exagération)</i>	121
L'exagération	125
CHAPITRE III. — LES DEVOIRS PARTICULIERS RÉSULTANT DES RELATIONS FIDUCIAIRES	129
CHAPITRE IV. — LE DEVOIR DE VEILLER ET LA NÉGLIGENCE.....	143
Les dommages imprévus.....	144
Les dommages indirects.....	146
La négligence de la victime du dol.....	147

